

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra Diritto Processuale Civile

Il sindacato della Corte di cassazione sulla
motivazione della sentenza dopo la riforma
dell'art. 360 n. 5 c.p.c.

Prof. Andrea Panzarola

RELATORE

Prof. Ferruccio Auletta

CORRELATORE

Matr. 151063

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

Sommario

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE	6
CAPITOLO 1	8
LA MOTIVAZIONE NELLA SENTENZA CIVILE.....	8
<i>I.1 PREMESSA.....</i>	<i>8</i>
<i>I.2 ORIGINE DELL'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE E IL RUOLO DEL GIUDICE</i>	<i>12</i>
<i>I.3 LA MOTIVAZIONE NELLA COSTITUZIONE: L'ART.111 Co.6.....</i>	<i>16</i>
<i>I.4 PARABOLA GIURIDICA DELLA MOTIVAZIONE NEL CODICE DI PROCEDURA: PREMESSE STORICHE</i>	<i>21</i>
<i>I.5 LA NUOVA VESTE DEGLI ART.132 N. 4 DEL C.P.C. E 118 DISP. ATT. C.P.C.....</i>	<i>24</i>
<i>I.6 LA TENTATA RIFORMA DELL'ART.118 DISP.ATT.</i>	<i>32</i>
<i>I.7 LA MOTIVAZIONE COME RIFLESSO DEL RUOLO DEL GIUDICE.....</i>	<i>35</i>
<i>I.8 LA MOTIVAZIONE E IL SUO PESO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO</i>	<i>38</i>
CAPITOLO 2.....	42
IL NUOVO TESTO DELL'ART. 360 N. 5: DAL VIZIO DI MOTIVAZIONE ALL'OMESSO ESAME	42
<i>II.1 L'ORIGINE STORICA DEL CONTROLLO DELLA MOTIVAZIONE</i>	<i>42</i>
<i>II.2 IL CONTROLLO SULLA MOTIVAZIONE E LE POSSIBILI DERIVE CIVILISTICHE</i>	<i>46</i>
<i>II.3 CENNI INTRODUTTIVI AL NUOVO ART. 360 N.5 C.P.C: UN RITORNO ALLE ORIGINI....</i>	<i>52</i>
<i>II.4 IL VIZIO DELLA MOTIVAZIONE DOPO LA MODIFICA DELL'ART.360 N.5 C.P.C.</i>	<i>61</i>
<i>II.5 LA MOTIVAZIONE APPARENTE E IL VIZIO DI OMESSA MOTIVAZIONE</i>	<i>67</i>
<i>II.6 LA MOTIVAZIONE CONTRADDITTORIA E QUELLA INSUFFICIENTE.....</i>	<i>72</i>
<i>II.7 LE RAGIONI DEL PASSAGGIO ALLA NUOVA VERSIONE E IL CONCORDE ORIENTAMENTO DELLA DOTTRINA</i>	<i>74</i>

<i>II.8 L' "OMESSO ESAME CIRCA UN FATTO DECISIVO CHE È STATO OGGETTO DI DISCUSSIONE TRA LE PARTI" NELLA SUA NUOVA VESTE</i>	78
<i>II.8.1 "OMESSO ESAME"</i>	81
<i>II.8.2 "FATTO DECISIVO"</i>	83
<i>II.8.3 "OGGETTO DI DISCUSSIONE TRA LE PARTI"</i>	88
<i>II.9 L'IPOTESI DELLA "DOPPIA CONFORME"</i>	93
CAPITOLO 3	99
GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA E LE SENTENZE "GEMELLE" N. 8053 E N. 8054	99
<i>III. 1 LA CASSAZIONE E IL NUOVO TESTO DELL'ART. 360 N. 5</i>	99
<i>III.2 L'INTERPRETAZIONE DELLE SEZIONI UNITE CON LE SENTENZE "GEMELLE" N. 8053 E N. 8054 DEL 2014</i>	104
<i>III.3 LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE: LA RIDUZIONE AL MINIMO COSTITUZIONALE DEL SINDACATO SULLA MOTIVAZIONE</i>	107
<i>III. 4 LE SENTENZE SUCCESSIVE: IL BIENNIO 2015-2016</i>	111
<i>III.5 LA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELLA SENTENZA</i>	118
<i>III. 6 L'OBSOLESCENZA DEL CONCETTO DI NOMOFILACHIA</i>	120
<i>III.7 LA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA</i>	122
<i>III.8 ALCUNE CONSIDERAZIONI SUGLI ORIENTAMENTI AFFERMATI DALLA GIURISPRUDENZA</i>	127
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	134
BIBLIOGRAFIA	138

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

La legge 7 agosto 2012, n. 183 ha apportato un'importante modifica al motivo di ricorso contenuto all'art. 360 n. 5 c.p.c., che prevedeva la possibilità di lamentare "l'omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio".

La citata legge 183 del 2012 ha apportato due importanti limitazioni alla possibilità di ottenere questo sindacato:

- 1) il nuovo n. 5 dell'art. 360 stabilisce che con il ricorso in Cassazione si può lamentare "l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti";
- 2) è esclusa la possibilità di utilizzare questo motivo di ricorso quando in grado di appello sia stato confermato il giudizio di fatto formulato in primo grado, sia che ciò emerga dalla dichiarazione di inammissibilità dell'appello, in quanto questo non aveva alcuna ragionevole probabilità di essere accolto, sia che ciò emerga dal rigetto dell'appello, che in ogni caso conferma la decisione di primo grado sempre in riferimento alle stesse ragioni in fatto.

Nella relazione accompagnatoria all'approvazione della legge del 2012 si osservava che l'inefficienza della giustizia civile, in particolare del sistema delle impugnazioni, costituiva uno dei maggiori ostacoli allo sviluppo dell'attività economica del nostro paese: per questo motivo, tale esigenza imponeva l'introduzione di rilevanti innovazioni nella disciplina dei giudizi di appello e di cassazione nel settore civile; identico parere veniva espresso dal Consiglio Superiore della Magistratura che, con riferimento al giudizio di cassazione, ha sostenuto che il problema riguardava la possibilità per le parti di investire il giudice di legittimità di un riesame degli elementi fattuali della controversia, chiedendo una diversa ricostruzione delle circostanze già esaminate in sede di merito in base alla previsione di cui all'art. 360 n. 5. Nel predetto parere si sosteneva sia la scelta di eliminare il vizio di motivazione, sia quella di precludere il ricorso per cassazione quando vi fosse stata una doppia pronuncia da parte dei giudici di merito, basata su motivi conformi, evitando in

questo modo l'abuso di ricorsi in cassazione basati sul vizio di motivazione non strettamente necessitati dai precetti costituzionali, favorendo quindi la naturale funzione nomofilattica della Suprema Corte e agevolare, nel contempo, il raggiungimento dell'obiettivo di ridurre la durata complessiva dei processi, contenendola nei limiti ragionevoli dell'art. 111 della Costituzione.

Ciò premesso, l'obiettivo del presente lavoro è l'analisi degli effetti dell'intervento di riforma del legislatore sul n. 5 dell'art. 360 c.p.c.

CAPITOLO 1

LA MOTIVAZIONE NELLA SENTENZA CIVILE

I.1 PREMESSA

La Corte di cassazione è l'organo supremo della giustizia che ha quale compito primario la nomofilachia, cioè assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, e l'unità del diritto oggettivo in uno Stato.

Tale funzione nomofilattica si articola in due profili ben distinti: da un lato garantire l'attuazione della legge nel caso concreto, realizzando la "giurisdizione"¹, e dall'altro fornire indirizzi interpretativi omogenei, mantenendo l'unità dell'ordinamento giuridico mediante una sostanziale uniformità della giurisprudenza.

Anzitutto, per "giurisdizione" si intende un concetto che comprende in sé l'esigenza che qualcuno dichiari qual'è il diritto: *iuris dictio*: occorre cioè il compimento, in relazione ai fatti concreti, di un'operazione analoga a quella realizzata dal legislatore in forma generale per una serie ipotetica di fatti, nel senso che, avuta cognizione dei fatti, estraiga l'ordinamento in essi implicito, lo accerti e lo dichiari in modo definitivo ai soggetti contrapposti, così stabilendo chi ha ragione e chi ha torto².

Il soggetto al quale è demandato tale compito è il giudice: la sua indipendenza e terzietà, o meglio, imparzialità, sono condizioni senza le quali non possono esistere nè il giudizio, nè la giurisdizione. In tale ambito si inserisce la motivazione.

¹ Rinv. a, *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Corr. giur.*, 2014, 1277 ss.

² Monteleone G., *Manuale di diritto processuale civile*, Padova, 2009, 3 ss. il quale soffermandosi ampiamente sul concetto di giurisdizione, pone l'accento sulla sua importanza quale strumento essenziale per ripristinare l'ordine e la certezza infranti dall'agire umano. Inoltre vengono evidenziati che quelli che sono stati considerati da parte della dottrina i caratteri distintivi della giurisdizione in realtà non esistono: essa non è secondaria rispetto alla norma generale e astratta, ma in tutti i sensi primaria e principale.

Salvatore Satta definiva la motivazione della sentenza come “l’essenza della giurisdizione”³; la motivazione, fungendo da tramite tra il soggetto destinatario dell’atto e l’autorità dalla quale l’atto proviene, mira a rendere effettive le norme costituzionali che garantiscono il diritto di difesa, l’indipendenza, l’imparzialità del giudice e la sua soggezione alla legge⁴, e a garantire l’esigenza di legalità dell’operato del giudice⁵.

L’introduzione dell’istituto della motivazione rappresenta uno degli ultimi prodotti della tendenza alla “razionalizzazione” del potere, cioè della graduale trasformazione in regole giuridiche e in sistema normativo delle esigenze che la pratica ha progressivamente evidenziato⁶. Tale tendenza, prima ancora che per gli altri poteri dello Stato, ha investito il potere giudiziario, tanto che, come è stato autorevolmente osservato⁷, tutta la storia del processo è storia di trasformazione della pratica giudiziaria in diritto processuale. La fiducia degli uomini nella giustizia, invero, si costruisce non solo mediante le decisioni giuste, ma anche attraverso le forme che tali le facciano apparire. Di tale trasformazione e del processo di razionalizzazione della funzione giurisdizionale, l’introduzione del dovere della motivazione è uno dei più tardi, ma anche dei più tipici segni⁸.

Come è noto, già con la Rivoluzione Francese fu previsto e attuato l’obbligo di motivazione quale espressione del principio di sovranità popolare e di soggezione del giudice alle leggi votate dal Parlamento: tale obbligo fu, infatti, positivizzato dall’Assemblea Nazionale con una legge del 1790⁹. In tale contesto, l’obbligo di motivazione si legò a una visione del diritto concepito come un sistema di regole

³ Satta S., *Poesia e verità nella vita del notaio*, 1995.

⁴ Evangelista S., voce “*Motivazione della sentenza civile*”, in *Enc. D.*, XXVII, Milano, 158; Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 399.

⁵ Andolina I.A.–Vignera G., *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1997, 191 ss.

⁶ Evangelista S., *op. cit.*, 154; nello stesso senso, un’analisi storico-filosofica in Saitta A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Milano, 1996, 2 ss.

⁷ Calamandrei P., *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 628. ss.

⁸ Taruffo M., *L’obbligo di motivazione della sentenza tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, II, 265 ss.

⁹ Con la stessa legge venne anche istituito il Tribunale di Cassazione considerato come un vero e proprio corpo di “ispettori di giustizia”.

formali dalle quali sarebbe stato possibile ricavare, con esattezza indiscutibile, la soluzione conforme alla legge e quindi alla volontà popolare.

Nei casi in cui la formulazione del testo di legge fosse risultata non chiara, la citata legge stabilì che, attraverso il c.d. *referé legislatif*, i tribunali non potevano liberamente interpretarlo o fare ricorso all'analogia, ma dovevano rivolgersi al legislatore, affinché questi interpretasse la legge vecchia o ne facesse una nuova¹⁰. L'abuso dell'istituto che ne seguì comportò l'inevitabile soppressione già con il Code Napoleon nel 1804, e il rispetto della volontà popolare fu interamente rimesso alla logica deduttiva.

Il diritto si esauriva nelle leggi votate dal popolo e la motivazione costituiva la chiave per garantirne il rispetto. Il ragionamento giuridico venne concepito quindi come un sillogismo infallibile e la motivazione come uno strumento di controllo della sua esattezza, capace, per ciò solo, di porre al riparo dagli abusi dell'Ancient Regime.

Resta da sottolineare che, in Italia, dopo le legislazioni pre-unitarie, il dovere di motivazione ha trovato espresso riconoscimento nel codice di procedura civile del 1865 (ispirato alle legislazioni francese, tedesca ed austriaca); ed invero, l'art. 360 in particolare stabiliva che la sentenza doveva contenere¹¹:

- 1) il nome e cognome delle parti;
- 2) l'indicazione del loro domicilio, o della loro residenza o dimora;
- 3) il nome e cognome dei procuratori;
- 4) il tenore delle conclusioni delle parti, esclusi il fatto e i motivi;
- 5) l'enunciazione che il ministero pubblico sia stato sentito, quando ciò aveva luogo;

¹⁰ Si leggeva nell'art. 12 della legge 16-24 agosto 1790. "I tribunali... debbono rivolgersi al corpo legislativo ogniqualvolta ritengano necessario interpretare una legge o farne una nuova". Una successiva disposizione votata dall'Assemblea Nazionale il 19 novembre 1790 stabiliva che "ogni anno il tribunale di cassazione era tenuto ad inviare alla tribuna dell'assemblea del corpo legislativo una deputazione di otto dei suoi componenti che (avrebbero presentato) lo stato delle decisioni emanate, corredate dall'indicazione riassuntiva del caso e dal testo di legge su cui si era basata la decisione di cassare". Funzione o forse missione di tale tribunale, come si scriveva ancora nel 1950, era "difendere l'opera del legislatore contro la rivolta dei giudici" attraverso il "mantenimento dell'unità della legislazione non del diritto". Sul punto v. Perelman C., *Logica giuridica* (trad. italiana), Milano, 1979, 75.

¹¹ Monteleone, *Riflessioni sull'obbligo di commentare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giust. proc. civ.*, 2013, 4 ss.

- 6) i motivi in fatto e in diritto;
- 7) il dispositivo;
- 8) l'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è stata pronunciata;
- 9) la sottoscrizione di tutti i giudici che l'hanno pronunciata.

Il successivo art. 361, secondo comma, inoltre, sanzionava con la nullità l'omessa motivazione, specificando, poi, che "i motivi si reputano omessi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un'altra sentenza". Vietato era quindi il rinvio *sic et simpliciter* ai motivi di un precedente giudiziale¹².

Come è noto, l'obbligo di motivazione è stato da ultimo recepito nel codice di procedura civile vigente, e ha, infine, avuto dignità di rango costituzionale nel 1948.

La Costituzione italiana è tra le poche, anche in ambito continentale, che abbia canonizzato l'obbligo di motivare, anche se in sede di lavori preparatori si era denunciata l'inopportunità di questa scelta, osservando che la previsione di tale obbligo avrebbe sbarrato la strada all'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'istituto della giuria popolare¹³.

Ciò premesso, va tuttavia ricordato come nel testo costituzionale manchi comunque una specifica ed espressa definizione fornita dal legislatore: la nozione di motivazione appare ancora piuttosto discussa e indeterminata.

Varie sono state, invero, le interpretazioni costruite dalla dottrina e dalla giurisprudenza: per alcuni¹⁴ la motivazione può definirsi come la rappresentazione e la documentazione dell'iter logico-intellettivo seguito dal giudice per arrivare alla decisione¹⁵. In altri casi, essa è stata definita come una sorta di resoconto del procedimento mentale che ha condotto il giudice a formulare la decisione¹⁶; in altri ancora, la motivazione è stata vista come la giustificazione razionale della decisione giudiziaria, ovvero l'esposizione delle ragioni oggettive, suscettibili di verificabilità

¹² Monteleone G., *op.cit.*

¹³ Tiscini R., *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, 22-28.

¹⁴ Capponi-Tiscini, *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino, 2014, 33-35.

¹⁵ Lancellotti F., voce "Sentenza civile", in *Noviss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1976, 1118; contra Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 3 ss.; Id., *La fisionomia della sentenza in Italia, in La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Milano, 1988, 180 ss.

¹⁶ In tal senso si è espressa recentemente la Corte di cassazione con la sentenza del 23 gennaio 2006, n. 1236, che, annullando la decisione impugnata per omessa motivazione, ha evocato la necessità per

esterna, che hanno persuaso il giudice a decidere nei termini enunciati nel dispositivo, idonee a giustificare giuridicamente e razionalmente la decisione stessa¹⁷.

1.2 ORIGINE DELL'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE E IL RUOLO DEL GIUDICE

Sebbene oggi possa apparire quasi naturale e scontato che il giudice, investito della cognizione di una determinata controversia, sia tenuto non solo a risolverla ma anche a esprimere le ragioni giuridiche e fattuali sottese alla decisione assunta, tanto che il binomio dispositivo-motivazione appare pressochè indissolubile¹⁸, in realtà l'istituto della motivazione, nella sua attuale accezione, rappresenta una "scoperta" relativamente recente¹⁹. Solo a partire dalla seconda metà del XVIII secolo si può invero cominciare a parlare, nella maggior parte degli Stati dell'Europa Continentale,²⁰ di un vero e proprio obbligo del giudice di giustificare o comunque di specificare la ratio decidendi del provvedimento decisorio assunto, se pur in misura e

il giudice di "impegnarsi anche nella descrizione del processo cognitivo attraverso il quale è passato dalla sua situazione di iniziale ignoranza dei fatti alla situazione finale costituita dal giudizio".

¹⁷ Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 456-457. A parere di chi scrive si ritiene di dover condividere maggiormente la prima delle definizioni menzionate. L'accostamento alla motivazione della sentenza del termine "giustificazione" potrebbe essere fuorviante. Sembrerebbe, invero, che il giudice debba costruire ex post, quando ha già deciso, il ragionamento che consente di pervenire a quella conclusione, e che risulta idoneo a convincere i destinatari del provvedimento della giustizia dello stesso. In realtà, il giudice dovrebbe limitarsi a trascrivere in motivazione l'iter logicogiuridico seguito per giungere alla definizione della controversia.

¹⁸ Anche se è da registrarsi oggi una sorta di ingiustificabile controtendenza volta sempre più ad incidere negativamente sulla motivazione ed a sminuirne l'importanza in contrasto con la sua natura di garanzia costituzionale, attribuendole la responsabilità dei lunghi tempi di definizione dei processi. Sul punto v. infra Cap. II e Conclusioni.

¹⁹ Evangelista S., voce *Motivazione della sentenza civile*, cit., 154 ss; nonchè Monteleone G., *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 3, 2007, 663 ss. e Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 319 ss.

²⁰ Roselli F., *La motivazione della sentenza civile*, in *Giusto. proc. civ.*, 2, 2007.

con modalità differenti. Il ruolo del giudice, in ogni caso, nella stesura della motivazione ha sempre avuto una fondamentale e insostituibile importanza, dato che egli deve fornire una precisa giustificazione di ciascun fatto che intende porre a fondamento della sua decisione, indicando per ognuno di essi le prove o i fatti posti a fondamento, ed enunciando poi i criteri sulla base dei quali la valutazione finale è stata compiuta.

Se il giudice decide discrezionalmente la scansione da seguire nella trattazione e soluzione delle questioni, fondando la sua decisione su parametri ordinanti, il punto centrale non è più l'applicazione o la violazione dell'art. 276 c.p.c., quanto la violazione del potere-dovere di esercitare correttamente la sua discrezionalità, chiarendo poi nella motivazione perché è stata adottata quella decisione sulle questioni²¹. E infatti, se l'ordine emerge dal concreto atteggiarsi della fattispecie e della vicenda processuale, il giudice dovrà dare conto dell'ordine che ha ritenuto più pertinente al caso singolo nella sua pronuncia²².

In altri termini, se nell'ottica della vincolatività e immutabilità della pregiudizialità logico-giuridica²³ il giudice non ha bisogno di giustificare una scelta che è diretta applicazione di una disposizione o che si ritiene comunque immanente al sistema, dal nostro punto di vista egli è tenuto ad una *disclosure* dei criteri adottati²⁴.

²¹ Biavati P., *Appunti sulla struttura*, 1316, il quale alla domanda che l'A. stesso si pone circa la necessità di motivare in punto di ordine delle questioni, risponde: «la trasparenza della pronuncia (altro valore che va sempre salvaguardato, specialmente nell'odierna società complessa) suggerisce che seppure breve spiegazione sia data. La scelta dovrà essere messa in relazione con la pronuncia sul merito: così, l'evidenza della soluzione prescelta, in grado di definire l'intera controversia, sarà ragione sufficiente per non avere trattato altre questioni, la cui esatta determinazione sarebbe stata irrilevante per la pronuncia finale».

²² Questa relazione, seppur per altri fini, ci sembra correttamente descritta da Costantino G., *Governance e regole*, cit., 79.

²³ Questo assunto sembra confutato da Taruffo M., *La fisionomia*, cit., 446, secondo cui la pregiudizialità, nell'accezione che si risolve essenzialmente nella relazione tra due questioni, è fulcro della fase giustificativa-motivazionale della decisione.

²⁴ Ancora Biavati P., *Appunti*, loc. ult. cit., “nello specifico compimento di scelte che alterano l'ordine logico giuridico delle questioni, una motivazione accurata che metta in luce al contempo la ragionevolezza del percorso prescelto e l'evidente fondatezza dei motivi di merito che supportano la decisione, appare un contributo sicuramente importante”.

Come afferma Taruffo in più occasioni²⁵, la decisione del giudice deve essere il risultato di un razionale procedimento che si svolge secondo un metodo che ne determini la validità. Tale affermazione riporta l'attenzione proprio sulla motivazione della sentenza, come luogo istituzionalmente creato per raccogliere le ragioni che il giudice pone alla base delle sue decisioni e, quindi, nel quale è possibile procedere a un controllo della sua validità.

Gli enunciati relativi ai fatti in causa rilevanti sono inizialmente mere ipotesi in attesa di essere confermate, e la conferma di queste ipotesi²⁶ proviene dagli esiti dell'istruzione probatoria. Tuttavia, le prove non sono di per sé, nella maggior parte dei casi, in grado di dare una dimostrazione diretta degli enunciati di fatto da provare, sicché è necessario per il giudice far ricorso a criteri di inferenza, che siano in grado di collegare le prove alle ipotesi in attesa di conferma.

Il giudice, quindi, nella valutazione della prova per l'accertamento della fondatezza o meno delle ipotesi fattuali su cui si fondano le domande o le eccezioni delle parti, dovrà fare applicazione della c.d. probabilità logica, attribuendo il predicato della verità solo a quegli enunciati di fatto che risultino confermati dalle prove disponibili²⁷.

Se quindi si ritiene che la decisione giudiziale sulle questioni di fatto debba essere la risultante di un processo logico e razionale, non si può non giungere alla conclusione che il giudice, nel momento in cui deve rendere esplicite le ragioni su cui si fonda la ricostruzione del fatto, debba chiaramente indicare i mezzi di prova sui quali la stessa è fondata²⁸, senza dimenticare di fare riferimento anche alle prove contrarie, giustificandone la valutazione sulla base dei criteri di inferenza probatoria, che debbono anch'essi essere enunciati in modo esplicito.

Ciò significa che il giudice, nella stesura della motivazione, dovrà fornire una giustificazione precisa di ciascun fatto (*reictus*: degli enunciati dei fatti) che intende porre a fondamento della sua decisione, indicando per ognuno di essi le prove o i

²⁵ Passanante L., *Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 84 ss.

²⁶ Panzarola A., *La cassazione civile giudice del merito*, 2005, 678 ss.

²⁷ Passanante L., *op.cit.*

²⁸ Monteleone G., *Il controllo della Corte Suprema sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 871 ss.

fatti posti a fondamento, ed enunciando poi i criteri sulla base dei quali è stata compiuta la valutazione finale²⁹.

Ciò detto, è evidente che vi è una netta differenza tra il ragionamento compiuto dal giudice e le ragioni che egli pone a fondamento della sua decisione: pare quindi auspicabile che al momento di dare stesura alla motivazione, il giudice, in primo luogo, richiami i passaggi logici compiuti per giungere a una determinata conclusione³⁰, e in secondo luogo, se ciò non dovesse accadere, egli, anche a fronte di una scarsa tenuta logica della motivazione, può rivedere la sua decisione in fatto e rimettere gli atti alla discussione. Proprio a seguito di ciò, la motivazione viene dunque intesa come un passaggio fondamentale, che si traduce per il giudice in un momento di “autocontrollo razionale” della decisione cui è pervenuto, che gli consente la possibilità di cambiare idea³¹.

Non vi è alcun dubbio, poi, che i recenti interventi del legislatore (taluni rapidamente decaduti, come è stato per il d.lgs. n. 5/2003 con il suo art. 16, co.5) hanno irreversibilmente destrutturato la motivazione della sentenza, sebbene si tratti del provvedimento “a contenuto decisorio costante”³².

Nel connesso percorso di “semplificazione” incontriamo anche la tecnica dell’ordinanza in luogo della sentenza (provvedimenti anticipatori di condanna, decisioni sulla competenza, sommario di cognizione etc.) e la discussione, apertissima, attorno al canone di sinteticità degli atti processuali civili (sebbene appaia rivolta di preferenza verso quelli di parte)³³.

Attualmente la motivazione della sentenza è “succinta” proprio come quella dell’ordinanza³⁴. Norme, atti di indirizzo, addirittura corrispondenza ufficiale, spingono verso una semplificazione all’estremo degli atti processuali civili, e così anche del documento-sentenza.

²⁹ Taruffo M., *op.cit.*, 466-468.

³⁰ Capponi B., *La motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015.

³¹ V. Evangelista S., voce *Motivazione della sentenza civile*, cit., 223 ss; e Monteleone G., *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 3, 2007, 678 ss.

³² Rinvio a Capponi-Tiscini, *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino, 2014, 21 ss.

³³ Capponi B., *Sulla ragionevole brevità degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1075 ss.

³⁴ Acierio P., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 437 ss.

In parallelo, però, norme, prassi e orientamenti della Cassazione spingono verso una sempre più complessa strutturazione degli atti di parte³⁵. Gli avvocati scrivono sempre più fin dal primo grado e specie in fase di impugnazione sono tutti vittima di una scrittura quasi fobica, temendo, come infatti sempre più spesso accade, di incappare nelle taglie della inammissibilità, del difetto di specificità, della carenza argomentativa del singolo motivo³⁶. Si assiste così a una forte divaricazione tra atti e provvedimenti; mentre all'avvocato è richiesto un impegno di scrittura addirittura ossessivo, per il giudice le cose stanno diversamente, in quanto a lui³⁷ è richiesto di decidere e di farlo senza inutili formalismi entro un termine ragionevole.

La giustificazione più grande della motivazione, quindi, prescindendo dai soggetti del procedimento, è proprio quella di “guardare oltre” i diretti destinatari della sentenza o coloro che ne hanno preso parte, rendendo la stessa sentenza come uno strumento diffuso di controllo dell'operato del giudice e testimonianza della soggezione di quest'ultimo (solo) alla legge³⁸.

1.3 LA MOTIVAZIONE NELLA COSTITUZIONE: L'ART.111 Co.6

Il sesto comma dell'art. 111 della Costituzione, il cui testo di legge, come è noto, è contestuale rispetto all'intero *corpus* normativo costituzionale³⁹, rappresenta l'unica

³⁵ Pironi A., *Autosufficienza del ricorso per cassazione: tra formalismo e garanzie*, in *Giust. proc. civ.*, 2014, 895 ss.

³⁶ Capponi B., *op.cit.*, 2014.

³⁷ Taruffo M., *Addio alla motivazione?* In *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2015, 179 ss.

³⁸ Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 319 ss.

³⁹ Dai lavori preparatori: art. 111 Cost. [Il 14 dicembre 1946 la seconda Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione prosegue la discussione sul potere giudiziario.] [Il Presidente Conti...] apre la discussione sull'articolo 7 del progetto Calamandrei: “Motivazione delle sentenze. “Le sentenze e gli altri provvedimenti dei giudici devono essere motivati” e sulla corrispondente formulazione proposta dall'onorevole Leone: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». Leone Giovanni, Relatore, comunica che l'onorevole

ipotesi in cui l'obbligo di motivazione è espressamente disposto in relazione a una intera categoria di atti. Esso testualmente afferma che: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». L'articolo investe, ad eccezione dei decreti, tutti gli atti decisorii provenienti dall'autorità giudiziaria; la legge processuale, infatti, può (continuare a) stabilire: che il decreto non debba essere motivato⁴⁰, salvo che la legge non disponga diversamente (art. 135, ult. comma, c.p.c., che peraltro una parte della dottrina considera implicitamente abrogato dalla disposizione costituzionale, quantomeno con riferimento ai decreti aventi "contenuto giurisdizionale"); che l'ordinanza sia solo succintamente motivata (art.134 primo comma, c.p.c.); che la sentenza contenga una "concisa" esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione (art. 132, co. 2, n. 4, c.p.c, 118 disp. att.); che la stessa sentenza sia pronunciata al termine della discussione orale, mediante lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione (art. 281-sexies c.p.c).

Siamo così di fronte a un principio "programmatico"⁴¹, che il codice di procedura riafferma con riferimento alla sentenza, ma che di recente sta subendo qualche ridimensionamento in ragione di una cultura giuridica "progressista".

Compiuta questa digressione sul decreto, va detto che l'art. 111 Cost., quale "norma su norme", ha degli effetti molto ampi all'interno della disciplina ordinaria, tant'è che si estende sia ad ambiti relativamente ristretti, seppure non privi di rilevanza pratica (come adesso vedremo nei decreti *ex art. 135*, comma 4, c.p.c.), sia in occasione di altri provvedimenti conclusivi che assumono una veste diversa dalla sentenza (come approfondiremo meglio nella

Calamandrei ha accettato la formula da lui proposta, ritenuta meglio rispondente al principio da affermare, in considerazione dei provvedimenti del giudice riguardanti disposizioni regolamentari, i quali non richiedono la motivazione. Ricorda che, nell'attuale disciplina degli atti emanati dal giudice, vi sono tre forme: la sentenza, l'ordinanza e il decreto. La sentenza e l'ordinanza hanno un carattere giurisdizionale, mentre il decreto ha carattere amministrativo. La dottrina e la legislazione sono d'accordo nel richiedere la motivazione soltanto per i provvedimenti che abbiano carattere essenzialmente giurisdizionale, "ciò per quei provvedimenti che risolvono un conflitto fra due parti; mentre il decreto, puramente amministrativo, non è mai stato motivato. Per queste considerazioni, la frase "tutti provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati" è più esatta, perché limitativa dell'obbligo della motivazione soltanto alla sentenza e all'ordinanza, che rivestono carattere giurisdizionale.

⁴⁰Capponi-Tiscini, *Introduzione al diritto processuale civile*, 2021, II Ed., 25-26.

⁴¹ Capponi-Tiscini, *op.cit.*

sezione II). Inoltre, l'efficacia di tale norma si applica ulteriormente, in base a un'interpretazione connessa tra i commi 6 e 7 dell'art. 111⁴²: infatti, se si intende che la disposizione riguardi il contenuto dell'atto, essa deve essere estesa in via esegetica anche ai provvedimenti che, pur essendo emanati in forma diversa di sentenza (per errore o perché tale forma è prevista espressamente dalla legge), ne abbiano comunque natura o, come si suole dire, "sostanza"⁴³.

Ciò che poi va analizzato è che la norma, data la posizione gerarchica nel sistema delle fonti, che eleva l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali a principio costitutivo del giusto processo⁴⁴, non può che condizionare la legislazione ordinaria in merito alla forma e alla sostanza dei provvedimenti stessi⁴⁵.

Ne consegue, per un verso, l'illegittimità di ogni disposizione che esoneri il giudice dall'onere costituzionalmente imposto di motivazione e, per l'altro verso, la necessità di integrare la vigente legislazione in modo da estendere tale obbligo anche in relazione a quei provvedimenti circa i quali nulla sia stabilito in proposito dalle disposizioni che li riguardano.

Il principio, anche se *prima facie* potrebbe sembrare impossibile, è idoneo a incidere sulla identificazione dei criteri ai quali va commisurata la completezza della motivazione. È inoltre evidente che il significato dell'obbligo di motivazione si chiarisce attraverso il coordinamento con altre norme che esprimono principi fondamentali in tema di amministrazione della giustizia⁴⁶; rientrano tra queste le norme costituzionali, che garantiscono il diritto di difesa, l'indipendenza del giudice e la sua soggezione alla legge.

L'obbligo di motivazione, dunque, mira a rendere effettive queste garanzie⁴⁷, rendendo possibile il controllo sulla avvenuta loro operatività; l'art. 111, comma 6,

⁴² Rasia C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, 70 ss.

⁴³ Rasia C., *op.cit.*, 71 ss.

⁴⁴ Panzarola A., *Cassazione civile giudice del merito*, 2005, 674-677.

⁴⁵ La norma esprime una "condizione minima di effettività del principio di legalità dell'attività giurisdizionale" (così Andolina-Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, II Ed, Torino, 1997).

⁴⁶ V. Evangelista S., voce "*Motivazione della sentenza civile*", cit., 157-158.

⁴⁷ V., in relazione al d.d.l. 1662/XVIII o al testo precedente i commenti di Capponi B., *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, in *Iudicium.it*, dal 19 giugno 2021; Scarselli G., *Osservazioni sul disegno di legge delega di riforma del processo civile*, in *Iudicium.it*, dal 27 ottobre

Cost. è una norma che non solo contempla l'obbligo di motivazione in sé e per sé considerato, delegando di fatto la delimitazione del suo contenuto al legislatore ordinario, ma soprattutto introducendo l'interprete su come essa debba essere e quando si possa dire che il giudice abbia adempiuto a tale obbligo.

La dottrina ha ricavato tale lettura coordinando l'art. 111, comma 6 con altre norme costituzionali che esprimono principi fondamentali in tema di amministrazione della giustizia: trattasi in particolare delle norme costituzionali che garantiscono il diritto di difesa, l'indipendenza e l'imparzialità del giudice e la sua soggezione alla legge⁴⁸. Si può quindi affermare che il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione non può intendersi esattamente se si prescinde dalle sue implicazioni con altri principi che permettono di valutarlo anche sotto l'aspetto del suo contenuto minimo necessario.

Corollario immediato di quanto sino ad ora evidenziato è un principio sul quale la dottrina è generalmente concorde, ossia quello che riconosce carattere sussidiario (o strumentale) al principio suddetto rispetto agli altri inerenti alla giurisdizione, "nel senso che la sua applicazione costituisce una condizione di effettività di tali altri principi sul piano della concreta attuazione della giustizia"⁴⁹.

È inoltre evidente che l'art. 111 è innanzitutto uno strumento di tecnica del processo, strettamente connesso al diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.), in quanto quest'ultimo consente la possibilità alla parte di valutare se la decisione è giusta e di verificare se il giudice abbia giudicato "secundum iuxta alligata et probata"⁵⁰: proprio grazie alla lettura della motivazione, la parte soccombente può decidere se intenda o meno impugnare la sentenza.

È opportuno precisare che, nel decidere, il giudice non deve statuire e motivare tutte le singole allegazioni delle parti, né prendere in considerazione tutte le singole fonti di prova⁵¹; al pari, egli non è vincolato alle impostazioni difensive

2021.

⁴⁸ Taruffo M., *La motivazione della sentenza*, cit., 399; Evangelista, *Motivazione della sentenza civile*, cit., 158.

⁴⁹ Taruffo. M., *La motivazione della sentenza civile*, cit.

⁵⁰ Rasia C., *op.ult.cit.*, 74.

⁵¹ Secondo Cass. 18 marzo 2003, n. 3989, in *De jure*, "il giudice non è tenuto a valutare analiticamente tutte le risultanze processuali, né a confutare singolarmente le argomentazioni proposte dalle parti,

dedotte dalle parti ma, prima di decidere, dovrà sottoporre la questione al previo dibattito delle parti, almeno sui punti ritenuti rilevanti per la decisione (art. 101, comma 2, c.p.c. e art. 183, comma 4. c.p.c.)⁵².

Tutto questo considerato, va comunque detto che l'obbligo posto dal sesto comma dell'art.111 Cost., nonostante la sua formulazione imperativa, ha suscitato problemi interpretativi sotto il profilo funzionale, determinando il sorgere di notevoli divergenze di vedute. È importante poi sottolineare⁵³ come il legislatore costituzionale abbia voluto fortemente perseguire obiettivi ben delineati: da un lato, assicurare a tutti i cittadini un controllo esterno e diffuso dell'esercizio del potere giurisdizionale in un'ottica di trasparenza della funzione giurisdizionale (c.d. funzione extraprocessuale della motivazione)⁵⁴; dall'altro consentire alle parti l'individuazione di vizi eventualmente insiti nella sentenza così da poter formulare motivi di impugnazione e agevolando allo stesso tempo al giudice il controllo sulla fondatezza del gravame.

Infine, gli altri obiettivi perseguiti dal legislatore sono quelli di far conoscere alla parte processuale le ragioni poste a fondamento del provvedimento che incide sulla sua posizione giuridica, nonché assicurare la garanzia di vigenza di altri principi costituzionali in materia di esercizio della funzione giurisdizionale, quali

essendo sufficiente che egli, dopo averle vagliate nel loro complesso, indichi gli elementi sui quali intende fondare il suo convincimento e l'iter seguito nella valutazione degli stessi e per le proprie conclusioni, implicitamente disattendendo quelli logicamente incompatibili con la decisione adottata (Cass. 6 settembre 1995, n. 9384)". Già Cass. 28 ottobre 1973, n. 2781, in *Mas. Foro, It.*, 1973, p. 781, sosteneva che dovesse ritenersi motivato implicitamente il rigetto delle istanze e delle risultanze probatorie incompatibili con la decisione e con le ragioni espresse su cui questa si fonda. Più di recente la stessa giurisprudenza ha elaborato il principio della c.d. "ragione più liquida" in base al quale "la domanda può essere decisa sulla base della soluzione di una questione a carattere assorbente, senza che sia necessario esaminare previamente tutte le altre che, seguendo un rigoroso ordine logico-giuridico, sarebbero ipoteticamente preliminari rispetto ad essa" (Cass. 16 maggio 2006, n. 11356 in *Corr.giur.*, 2006, p. 148 ss.; poi confermata da Cass. 25 gennaio 2010, n. 1283; Cass. 31 ottobre 2011, n. 22662, tutte in *Pluris*). Tale principio non impone un ordine logico di esame delle varie questioni, comportando che se risulta fondata una eccezione, il giudice possa rigettare la domanda anche senza accertare la sussistenza dei fatti costitutivi; qui però la parte non viene pregiudicata sensibilmente nel diritto di difesa in quanto la decisione avrà efficacia di giudicato solo sulle questioni decise e non su quelle assorbite, con l'unica eccezione dell'eventuale giudicato implicito che si sia formato (sul punto v. Acierno, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 437 ss.).

⁵² Taruffo M., *op.cit.*

⁵³ Scarselli G., *Per l'affermazione del principio di autosufficienza della sentenza*, in *Judicium.it.*

⁵⁴ Bove M., *op.cit.*

l'osservanza della legge⁵⁵, il diritto di azione e di difesa, la terzietà e l'imparzialità del giudice.

È possibile quindi concludere affermando che la norma costituzionale sulla motivazione (art.111, comma 6) tutela le parti e allo stesso tempo anche la funzione stessa del decidere e i suoi destinatari "sociali". La motivazione impone al giudice un controllo che, tra l'altro, elimina (o quanto meno riduce) il rischio di un uso scorretto o autoritario della giurisdizione e per tale motivo è considerata un'importante garanzia anche per lo stesso giudice⁵⁶.

E' tuttavia doveroso chiedersi se il problema della motivazione della sentenza si ponga sempre negli stessi termini, o se diversamente oggi non sia più così: quello che è certo è che la Corte stessa ha la possibilità di distinguere tra le decisioni destinate al pubblico generale e quelle che non potranno che avere ad oggetto le sole parti in causa, per la fondamentale ragione che esse non innovano, in nessun aspetto, gli orientamenti consolidati⁵⁷. In conclusione, la motivazione non è un resoconto dettagliato del processo, ma solamente di ciò che il giudice ha stimato utile per la propria decisione.

I.4 PARABOLA GIURIDICA DELLA MOTIVAZIONE NEL CODICE DI PROCEDURA: PREMESSE STORICHE

Nell'ordinamento italiano le disposizioni che riguardano i motivi delle sentenze sono limitate, tant'è che non si prevede una definizione di motivazione, con

⁵⁵ Taruffo M., *op.cit.*

⁵⁶ Monteleone G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto.proc.civ.*, 2013, 20 ss.

⁵⁷ Saitta A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, 1996, 97 ss.

l'effetto di rendere difficile l'individuazione del suo contenuto tipico e dei relativi requisiti⁵⁸. Nonostante l'art. 111 sancisca il principio attuativo del giusto processo, secondo il quale ogni provvedimento giurisdizionale deve essere motivato, il codice di procedura civile vigente impone espressamente la motivazione per la sentenza, richiede una succinta motivazione per l'ordinanza e invece la esclude per il decreto, salva espressa previsione di legge⁵⁹.

Con riferimento alla motivazione della sentenza civile vengono in considerazione, quali norme ordinarie generali, solo gli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. ai quali va aggiunto l'art. 360, n. 5, c.p.c. che, almeno nella sua formulazione previgente, prevedendo il vizio di motivazione denunciabile dinanzi alla Corte di cassazione, ha indicato indirettamente⁶⁰ (almeno per oltre sessant'anni) i requisiti della motivazione della sentenza civile di merito.

Mentre di tale ultima norma, e della sua evoluzione interpretativa, ci occuperemo più approfonditamente nei prossimi capitoli, adesso un'attenzione particolare va riservata all'analisi dell'art. 132 c.p.c. e dell'art.118 disp. att.⁶¹, disposizioni che, evidentemente coordinabili tra loro, hanno ricevuto negli ultimi anni una particolare attenzione da parte del legislatore.

Nella versione originaria del 1940 l'art. 132, comma 1, c.p.c. prevedeva che “la sentenza deve contenere (...) la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione”⁶², mentre l'art. 118 disp. att. c.p.c., anch'esso nella versione originaria, stabiliva che “1. La motivazione della sentenza di cui all'art. 132, n. 4 del codice consiste nell'esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione. 2. Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio e indicate le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto dall'art. 114 del codice debbono essere esposte le

⁵⁸ Rasia C., *op.cit.*, 77.

⁵⁹ Le norme di riferimento sono rispettivamente gli artt. 134, primo comma, c.p.c. e 135, quarto comma, c.p.c.

⁶⁰ Carnelutti F., *op.cit.*

⁶¹ Rasia C., *op.cit.*

⁶² Vittoria P., *La motivazione tra esigenza di celerità e giusto processo*, in *La Cassazione civile*, (a cura di) Aciermo M., Curzio P., Bari, 2011, 275 ss.

ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione. 3. In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici (...)”⁶³.

Se si pone a confronto il tenore di tali disposizioni con quelle del codice del 1865⁶⁴, si noterà che sono presenti alcune differenze: anzitutto è stata soppressa l’esigenza di una separazione delle questioni di fatto da quelle di diritto contenuta nell’art. 265, comma 2, del reg. gen. giud. del 1865; oltre a ciò, l’espressione “cenno conciso dei principi generali che avranno influito sulla decisione” è stata sostituita da “esposizione delle ragioni giuridiche della decisione”; infine è stato eliminato l’inciso “senza estendersi a confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti”⁶⁵.

È evidente che, rispetto al codice del 1865, quello del testo iniziale del 1940 dava per superati due temi che avevano costituito una preoccupazione per il codice previgente e che non potevano più ritenersi attuali: da un lato, quello di divagare nelle ragioni giuridiche al posto di decidere e, dall’altro, quello di rispondere a tutti gli argomenti degli avvocati⁶⁶. Il codice del 1940 manteneva, invece, il divieto di citare la dottrina. In realtà, tale divieto veniva recepito in maniera acritica nel codice del 1940 e non vi trovava giustificazione poiché, già a quell’epoca, la pratica di citare gli autori era stata abbandonata da tempo⁶⁷.

Ad ogni modo, il permanere del divieto non impediva al giudice (come avviene ancora oggi) di richiamare le soluzioni offerte dalla dottrina e di accoglierle applicativamente⁶⁸.

Emerge, dalla semplice lettura delle norme, nel testo originario del 1940⁶⁹, che gli artt. 118 disp. att. e 132 non risultavano già da allora perfettamente allineati,

⁶³ Vittoria P., *op.cit.*

⁶⁴ Caponi R., *La modifica all’art. 360, comma 1°, n. 5 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1153 ss.

⁶⁵ Taruffo M., *op.cit.*

⁶⁶ Tale aspetto è evidenziato da Gorla G., *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa*, 329.

⁶⁷ Gorla G., *Lo stile delle sentenze. Testi commentati*, 414.

⁶⁸ Levoni, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, Milano, 1992, 330. Il problema dell’uso o meno della dottrina, sembra poi privo sostanzialmente di effetti rilevanti nella pratica. Di fatto, come ben evidenziato in letteratura, la dottrina può essere menzionata solo per orientamenti, senza specifici riferimenti nominativi degli autori (così Balena G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2015, 261.) Aggiungo, infine, che, nei rarissimi casi in cui la giurisprudenza si è pronunciata in materia, ha stabilito che la violazione di tale previsione è senza sanzione (Cass. 6 ottobre 1994, n. 8184, in *Mass. Giust. Civ.*, 1994, 1197).

salvo nel punto in cui essi prevedevano un'esposizione in fatto e in diritto "concisa" (*punctum dolens*, come vedremo, nella novella del 2009). Non è un caso che in passato i pochi autori che si erano posti il problema del coordinamento delle due disposizioni erano arrivati a concludere che l'art. 118 era solo «una inelegante ripetizione, dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c.»⁷⁰. Sarà pertanto necessario attendere il 2009, anno in cui sarà modificato l'art. 132, comma 2, c.p.c., che diventerà la norma generale in materia di struttura e contenuto della sentenza⁷¹.

I.5 LA NUOVA VESTE DEGLI ART.132 N. 4 DEL C.P.C. E 118 DISP. ATT. C.P.C.

L'intervento di riforma del processo civile che si è avuto con la legge n. 69 del 2009, ispirato alla necessità di concentrazione dei tempi processuali e alla deflazione del sistema giudiziario rispetto al carico degli arretrati, ha interessato anche la struttura della sentenza, con specifico riferimento alla sua parte motiva. Tale riforma trova la sua ragione nel fatto che si erano levate molte voci, anche della magistratura, che ritenevano che una delle ragioni principali delle disfunzioni della giustizia fosse dovuta al fatto che i giudici impiegavano troppo tempo per il deposito delle sentenze. Ritorna il contenuto presente negli scritti del ventennio precedente, secondo il quale il vero "collo di bottiglia" del processo era la fase di decisione della causa, uno dei talloni d'achille del sistema giudiziario italiano sul quale dover intervenire⁷².

⁶⁹ Rasia C., *op.cit.*

⁷⁰ Levoni S., *Le disposizioni di attuazione, cit.*, 327.

⁷¹ Rasia C., *op.cit.*, 80.

⁷² Già nel 1988 il CSM (pronunciandosi con riferimento al disegno di legge governativo poi approvato nella l. n. 353 del 1990, v. la Risoluzione del 18 maggio 1988 recante "provvedimenti urgenti per le accelerazioni dei tempi della giustizia civile", in *Foro it.*, 1988, V, c. 260), denunciava «il problema del "collo di bottiglia" della decisione (o meglio dell'autonoma e paludata scritturazione del documento- sentenza)», individuando in esso una delle principali cause di crisi della giustizia civile.

In questo contesto, con il fine di creare le basi per una decisa contrazione dei tempi di stesura della sentenza⁷³, il legislatore opera su due fronti: quello dell'art. 132, comma 2, n. 4 e quello dell'art. 118 disp. att. c.p.c. Si legge, infatti, nella relazione al disegno di legge, che tale intervento mira "a ridurre il contenuto espositivo e motivazionale della sentenza, il quale, nel rispetto dell'art. 111, comma 6 della Costituzione, deve contenere unicamente l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione"⁷⁴.

Con le modifiche introdotte nell'art.132 c.p.c. e nell'art. 118 disp. att. c.p.c., correlate al sempre maggior utilizzo del modello dell'ordinanza anche per le decisioni, astrattamente idonee alla formazione del giudicato, il legislatore sembra aver definitivamente assunto il canone, come appena affermato, della semplificazione della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali⁷⁵. L'indice più rilevante della ferma e univoca direzione degli interventi legislativi verso tale obiettivo si può riscontrare nell'omogeneizzazione e nella tendenziale uniformità dei requisiti minimi indispensabili della motivazione, desumibili sia dalla comparazione tra i diversi modelli decisionali della sentenza, sia⁷⁶ tra sentenze e ordinanze, che si presentano nel panorama normativo attuale.

Se, da un lato, va osservato che lo stile della motivazione è un fenomeno nel quale si riflettono direttamente la cultura e la formazione professionale del giudice, dall'altro l'atteggiamento del legislatore pare allinearsi con quello già manifestato più volte in dottrina⁷⁷, secondo cui la motivazione della sentenza sarebbe una sorta di inutile orpello di cui ci si dovrebbe liberare, o comunque di un lusso che non ci si può permettere. Ne sono un esempio le ricorrenti proposte dirette a far sì che il giudice

⁷³ Rasia C., *op.cit.*

⁷⁴ Punzi C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, Torino, 2010, 39-40, il quale evidenzia peraltro che tale giustificazione segnalata dalla Relazione non trova fondamento nei testi normativi. La Costituzione, infatti, si limita ad affermare il principio fondamentale che «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati», ma non determina l'estensione di tale motivazione, né la limita all'«esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione».

⁷⁵ Acierno M., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, Riv.trim.dir.proc.civ., n.2, 2012, 49 ss.

⁷⁶ Vittoria B., *La motivazione tra esigenza di celerità e giusto processo*, in *La Cassazione civile*, a cura di Acierno-Curzio-Giusti, Bari, 2011, 275 ss.

⁷⁷ Cfr. Chiarloni S., *Voce Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc.dir.*, II, Milano, 2008, 414.

motivi la sentenza solo su richiesta della parte che intende impugnarla⁷⁸, e più in generale la tendenza a svalutare la motivazione, intendendola come un formalismo di cui si potrebbe fare a meno⁷⁹.

Questi orientamenti appaiono, però, pericolosi e infondati; vale infatti la pena di ricordare che nel nostro ordinamento, come peraltro anche in altri, la motivazione della sentenza è oggetto di una specifica ed espressa garanzia costituzionale (v. art. 111 co. 6 Cost.). Il legislatore del 2009 ha pertanto manifestato la decisa intenzione di rendere “più snella” la sentenza, nel convincimento che motivarla sia per i giudici un’inutile perdita di tempo, e che in certi casi sia possibile farne addirittura a meno. A ciò si aggiunga che, secondo molti, la motivazione rappresenta, se non l’unica, una delle principali cause della crisi⁸⁰ che sta interessando la giustizia civile.

Così si prevede che l’art. 132, n. 4, c.p.c. stabilisca che la sentenza debba contenere «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione», mentre l’art. 118, disp. att. prescriva che «la motivazione della sentenza di cui all’art. 132, comma 2, n. 4, del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi».

Per ciò che attiene all’ art. 132 n. 4, si può dire che un primo aspetto dell’intervento semplificatore effettuato su tale norma ha avuto come conseguenza la soppressione della parte che richiedeva la concisa esposizione dell’andamento del processo, e si è insediato in particolar modo sul fatto che la motivazione debba essere necessariamente la più sintetica possibile (si parla della “concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”)⁸¹. L’effetto di questa eliminazione va tuttavia identificato con cautela; in realtà di essa si può fare tranquillamente a meno.

⁷⁸ È il caso di ricordare che la motivazione su richiesta di parte era prevista dall’art. 318 del codice processuale austriaco del 1815, a lungo applicato nel Lombardo-Veneto. Il codice austriaco voleva certamente far risparmiare tempo ai giudici, ma non era un modello di codice garantistico, ed è assai dubbio che corrispondesse ai principi attuali del “giusto processo”.

⁷⁹ Chizzini parla giustamente di “Pratica svalutazione dell’elemento formale motivatorio”, in Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 44.

⁸⁰ Sassani B., *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2015, 342 ss.

⁸¹ Punzi C., *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-13*, Torino 2013, 112 ss.

La stessa cosa non può dirsi, invece, nel caso in cui la vicenda processuale abbia avuto una significativa influenza sulla decisione finale, come accade tutte le volte in cui questa riguarda, in tutto o in parte, questioni processuali⁸². Si deve pertanto ritenere che, anche dopo la riforma, la motivazione della sentenza debba includere riferimenti alla vicenda processuale tutte le volte in cui essa presenti aspetti significativi per la valutazione di eventuali errori sui fatti processuali⁸³, e tutte le volte in cui il contenuto della sentenza non risulti comprensibile se non in funzione di ciò che è accaduto nel corso del processo.

Non ha, invece, alcuna rilevanza il fatto che adesso la norma parli delle “ragioni” di fatto e di diritto della decisione, mentre il testo precedente parlava di “motivi”, se si considera che addurre i motivi di una decisione significa proprio esporre le ragioni che la giustificano, e che esporre queste ragioni significa, appunto, motivare la decisione.

Oltre a quanto appena esposto a proposito dell’art. 132 n. 4 c.p.c., deve aggiungersi che con la modifica dell’articolo 118 disp. att. viene ridefinito il concetto di motivazione della sentenza, che consiste nella “succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa” e delle “ragioni giuridiche della decisione” con riferimento anche ai “precedenti conformi”⁸⁴.

Per comprendere la reale portata della riforma del 2009 è necessario soffermarsi innanzitutto sulla descrizione delle vicende della causa, la cui eliminazione da un lato può apparire opportuna e intelligente sotto l’aspetto del risparmio di tempo, ma dall’altro può lasciare qualche dubbio, poiché rende molto difficile (se non impossibile) la ricerca e l’individuazione dei vizi che durante il procedimento possono essersi manifestati e che potrebbero eventualmente costituire motivo di impugnazione⁸⁵.

Rilevante è inoltre il problema attinente alla motivazione di fatto: la dizione del nuovo art. 118 disp. att. non corrisponde a quella dell’art.132 n.4, che definisce la motivazione in modo puntuale e appropriato, in quanto si riferisce alle *ragioni* della

⁸² Chizzini A., in Balena, Caponi, Menchini, *La riforma della giustizia civile*, cit., 43.

⁸³ Chizzini A., Balena, Caponi, Menchini, *op.cit.*, 45.

⁸⁴ Taruffo M., *op.cit.*

⁸⁵ In proposito v. ad es. *La riforma della giustizia civile*, Torino 2009; *La motivazione della sentenza*, in *Il processo civile riformato*, a cura di Taruffo, Bologna 2010, 380.

decisione in fatto. Il testo dell'art.118, invece, è assai restrittivo⁸⁶, poiché parla solo di “succinta esposizione di fatti rilevanti”.

Se dunque si ritenesse prevalente l'art. 132 n.4 non vi sarebbe alcun problema, dato che le “ragioni” di fatto e di diritto costituiscono la motivazione in fatto e in diritto, la quale può essere sintetica pur essendo completa e sufficiente si da giustificare la decisione⁸⁷. Pare invece debba darsi prevalenza all'art.118, in quanto esso definisce “in che cosa consiste” la motivazione e perciò sembra essere finalizzato a indicare ciò che l'art.132 n.4 afferma sinteticamente. Diventa quindi necessario intendersi sull'espressione “succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa”.

Un primo rilievo ha per oggetto la rilevanza dei fatti⁸⁸. Facendo riferimento al termine “rilevanza” in generale, questo è sì ovvio da essere quasi senza alcun significato, dato che solitamente un giudice non parla mai dei fatti irrilevanti.

Il testo della disposizione, però, potrebbe riguardare soltanto i fatti rilevanti giuridicamente, ossia quelli principali; il discorso del giudice, allora, dovrebbe essere circoscritto solamente a questi fatti, con esclusione di quelli logicamente rilevanti (ovvero quelli secondari)⁸⁹. Se il vero significato della norma fosse questo, saremmo davanti a una riduzione di ciò che dovrebbe essere il contenuto della motivazione, poiché il giudice dovrebbe omettere qualsiasi riferimento ai fatti dai quali ha ricavato

⁸⁶ Taruffo M., *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 709 ss.

⁸⁷ In proposito, v. Taruffo.M., *Addio alla motivazione?*, Torino 2014.

⁸⁸ V. Andolina I.A.- Vignera G., *op.cit.*, 200; v. inoltre Taruffo M., *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, *cit.*, 279; Id., *La motivazione della sentenza civile*, *cit.*, 319 ss., il quale evidenzia che l'affermazione del principio di obbligatorietà della motivazione nella Francia rivoluzionaria “non discende da un'elaborazione dottrinale e filosofica, bensì da una situazione politica concreta e dotata di una fisionomia peculiare, qual'è quella che si verifica con l'inizio della rivoluzione”. In essa si concentrano e si esprimono, non tanto alla luce dell'illuminismo *tout court*, ma a quella dell'ideologia democratica della giustizia, i moti di reazione contro la prassi giudiziaria dell'Ancient Regime, in quanto si avverte come la mancanza di motivazione costituisce il tramite essenziale dell'esercizio arbitrario del potere da parte dei giudici”; cfr. anche Senese S., *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, *cit.*, 215 ss., che mette pure in risalto i nessi tra la garanzia costituzionale dell'obbligo di motivazione di cui all' art. 111, sesto comma, Cost. ed il vincolo della soggezione del giudice alla legge di cui all'art. 101, secondo comma, Cost., al quale viene esattamente assegnato il significato di “esclusione di ogni connotazione arbitrariamente soggettivistica” nell'attività del giudice stesso; nel medesimo senso v. Guastini R., *Legalità (principio di)*, in *Digesto*, *Disc. priv.*, Sez. cir., X, 497-503.

⁸⁹ È importante ricordare che in applicazione della formulazione precedente a quella attuale dell'art. 360 n. 5 si ammetteva il controllo in Cassazione sulla motivazione anche riguardo ai fatti secondari, qualora essi fossero decisivi al fine di giustificare l'accertamento dei fatti principali.

la decisione sui fatti principali, venendo quindi meno un'aspetto essenziale della giustificazione di tale decisione.

Che questa sia la vera intenzione del legislatore è confermato dall'espressione "succinta esposizione" dei fatti in questione: chiunque ha dunque la possibilità di compiere la distinzione tra *esporre succintamente* un fatto e *giustificare* l'affermazione di quel fatto⁹⁰, portando le ragioni a sostegno delle quali l'affermazione deve considerarsi fondata. Sorge però il dubbio, in riferimento alla dizione dell'art.118, se si tratti di una colpa del legislatore (cioè della mancata consapevolezza circa l'utilizzo corretto delle parole e concetti)⁹¹, o di dolo (cioè di una volontà precisa e mirata, atta a privare la norma del suo significato).

Sembra invece evidente che motivare un'affermazione significhi giustificarla, ovvero addurre fondate ragioni che diano prova del fatto che si sia effettivamente verificato un determinato avvenimento. Simili ragioni dovrebbero fare riferimento alle basi conoscitive di tale convincimento (ovvero alle prove, fatti secondari) che costituiscono la base del ragionamento del giudice: in questo modo, il ragionamento del giudice diviene controllabile⁹².

La lettera della norma in oggetto sembra peraltro escludere che il giudice debba giustificare le sue "esposizioni" dei fatti, e ciò implica che l'art.118 enunci che la motivazione in fatto sarebbe in realtà una *non motivazione*; in tal caso, però, si ha il dubbio di avere di fronte una norma costituzionalmente illegittima, dato il suo contrasto con l'art.111 comma 6 della Costituzione, il quale prevede espressamente che "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati"⁹³. È dunque pure ripetitivo affermare che la motivazione del giudizio di fatto è parte essenziale della sentenza, anche se, come si è già detto, a seguito della riforma lo svolgimento del

⁹⁰ Ricci G. F., *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 24-27.

⁹¹ Si tratterebbe dell'ennesimo esempio del "dissesto della lingua delle leggi" e della "disfunzione del linguaggio normativo" di cui parla Ferrajoli, *Democrazia attraverso i diritti*, Bari 2013, 136.

⁹² Taruffo M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

⁹³ Nella relazione al disegno di l. n. 1441, con riferimento alla novellazione degli artt. 132, n. 4, c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., si legge che essa mira a "Ridurre il contenuto espositivo e motivazionale della sentenza, il quale, nel rispetto dell'art. 111, comma 6, della Costituzione, deve contenere unicamente l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione".

processo è stato espunto dal contenuto motivazionale della sentenza, che deve oggi contenere esclusivamente le ragioni di fatto e di diritto della decisione⁹⁴.

A tale riguardo, una parte della dottrina⁹⁵ ha sottolineato un marcato difetto di coordinamento con l'art. 118 delle disp. att. c.p.c. che pur nella veste modificata dalla novella del 2009, continua a imporre che il testo della sentenza debba contenere l'esposizione, sia pur breve, dei fatti rilevanti della causa. Secondo tale orientamento è evidente che i «fatti rilevanti» non si identificano con le «ragioni di fatto» della decisione, essendo queste ultime costituite dall'esito delle risultanze istruttorie (c.d. motivazione di fatto), mentre i primi consistono nell'esposizione della vicenda storica della lite, costituita dai fatti sostanziali che l'hanno determinata, nonché dalle vicende processuali (c.d. fatti processuali) che ne hanno seguito l'evolversi sino alla decisione. In un certo modo, dunque, la concisa «esposizione dello svolgimento del processo» che la novella ha eliminato dall'art. 132 c.p.c. continua a rivivere nell'art.118 disp. att. c.p.c., circostanza, questa, che pertanto porta a ritenere che nulla sembra cambiato⁹⁶.

Una parte della dottrina ritiene⁹⁷ invece che il richiamo dello stesso art. 118 disp. att. alla succinta esposizione dei fatti della causa consenta di chiarire che il giudice non potrà prescindere dalla descrizione sintetica dei fatti stessi, laddove essi si traducano nelle «ragioni di fatto della decisione», facendo quindi riferimento ai fatti come ricostruiti giudizialmente, potendo però evitare la narrazione delle diverse ricostruzioni dei fatti operata dalle parti, in quanto facente parte dello svolgimento del processo reso superfluo dalla nuova formulazione della legge⁹⁸.

Secondo tale orientamento, quindi, le due norme sono in sintonia, posto che consentono al redattore della sentenza di prescindere dall'esposizione storica delle vicende di fatto come descritte dalle parti contendenti e di focalizzarsi, invece, sui fatti percepiti dal giudice, che vanno appunto a formare le ragioni della decisione.

⁹⁴ Ricci G. F., *op.cit.*, Torino, 2009, 31-33.

⁹⁵ Chiarloni S., *Le principali novità introdotte nel c.p.c. con la l. 69/2009*, in *judicium.it*.

⁹⁶ Ricci. G. F., *op.cit.*, Torino, 2009, 51-57.

⁹⁷ Chiarloni. S., *op.cit.*

⁹⁸ Salvaneschi L., *Commento sub art. 132 c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Saletti A. - Sassani B., Torino, 2009.

La modifica non ha mancato di destare perplessità: è indubbio che proprio dall'esposizione dello svolgimento del processo si possono cogliere utili elementi di valutazione di eventuali errori sui fatti processuali⁹⁹.

Dopo aver preso in esame il problema che riguarda la motivazione in fatto, è necessario focalizzare adesso l'attenzione sulla motivazione in diritto.

L'art.118 disp. att. stabilisce che essa consiste nella "succinta esposizione delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi"¹⁰⁰.

Ciò premesso, *nulla quaestio* sull'esposizione delle ragioni giuridiche della decisione, che per quanto succinta essa sia, potrebbe però apportare una sufficiente giustificazione riguardo la decisione in diritto. Ciò che però suscita perplessità è il "riferimento a precedenti conformi" su tale decisione: è normale, da una parte, che il giudice faccia riferimento a precedenti che confermano la soluzione della *quaestio juris* da egli adottata, non potendo essere ritenuta come una buona giustificazione quella decisione che si fondasse sul rinvio a eventuali precedenti contrari; allo stesso tempo è lecito, però, chiedersi se tali precedenti, contrari o difformi che siano, possano essere ignorati dal giudice. In altri termini, è lecito immaginare che egli si uniformi al pregiudizio secondo il quale nel momento in cui viene adottata una soluzione a un problema venga data "la precedenza" esclusivamente agli elementi che la confermano, mentre sono scartati quelli che potrebbero contraddirla o metterla in discussione?¹⁰¹

Il dubbio che si palesa è che la volontà del legislatore sia stata quella di prevedere che il giudice possa fare riferimento solamente a precedenti conformi, riducendo

⁹⁹ Satta. S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959.

¹⁰⁰ Alla luce del vecchio testo dell'art. 118 disp. att., c. 1, la giurisprudenza, infatti era ferma nel decretare che non assolve l'obbligo di motivazione il giudice che si fosse limitato a richiamare le ragioni addotte in un altro provvedimento, proprie o di altro magistrato (Cass. 26 aprile 2004, n. 7937). La motivazione per relationem era peraltro largamente ammessa nell'ipotesi di rinvio alle giustificazioni addotte a sostegno della decisione impugnata, a condizione che il giudice di secondo grado dimostrasse di averle presenti e di averle fatte proprie, procedendo alla critica dei motivi di gravame (Cass. 8 gennaio 2009, n. 161; Cass. 11 giugno 2008, n. 15483, contra Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, p. 425 che contestava la legittimità di tale tipo di motivazione anche nei limiti assai ristretti in cui la prevalente giurisprudenza configurava il fenomeno, sulla base della considerazione che l'adeguatezza della motivazione finirebbe con il non essere controllabile dall'esterno per mancanza di elementi - sentenza di primo grado, motivi di appello - che occorrerebbero per integrare il discorso giustificativo del giudice d'appello.

¹⁰¹ Sul pregiudizio della conferma, v.ad es. Rumiati, *Decidere*, Bologna 2000.

quindi la sua argomentazione all'enunciazione di tali precedenti: questo però significherebbe forzare maggiormente il *confirmation bias*, ovvero un vizio evidente nel ragionamento, ma in particolar modo non vi sarebbe nessun vero discorso tale da giustificare la decisione adottata in diritto, non avendo alcuna motivazione della decisione¹⁰². Anche sotto questo profilo saremmo quindi di fronte a una norma incostituzionale, in quanto in contrasto con quanto afferma l'art.111 comma 6 della Costituzione¹⁰³.

I.6 LA TENTATA RIFORMA DELL'ART.118 DISP.ATT.

Non soddisfatto di avere redatto una norma che alimenta dubbi circa il suo significato e in particolare sulla sua legittimità costituzionale, il legislatore torna a far parlare di sé nel 2013, riscrivendo, con l'art.79 del d.l. 21 giugno 2013 n.69, l'art.118 delle disposizioni di attuazione, nel tentativo di ridefinire ancora una volta la motivazione della sentenza¹⁰⁴.

Secondo questa nuova norma, la motivazione consiste nella “concisa esposizione dei fatti decisivi e dei principi di diritto su cui la decisione è fondata, anche con riferimento esclusivo ai precedenti conformi ovvero tramite rinvio a specifici contenuti degli scritti difensivi o di altri atti in causa”¹⁰⁵.

Per ciò che attiene alla motivazione in fatto, il richiamo ai soli fatti *decisivi* rende evidente che il giudice non dovrebbe far riferimento ai fatti secondari sui quali ha anche basato la sua decisione riguardo ai fatti fondamentali della causa¹⁰⁶.

¹⁰² Bove M. - Santi A., *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, 2009, 57 ss.

¹⁰³ Taruffo, *op.cit.*

¹⁰⁴ Ferrajoli L., *Democrazia attraverso i diritti*, 2013, n. 73, 135 ss.

¹⁰⁵ V. supra n. 98.

¹⁰⁶ Rimarrebbe aperta la possibilità di considerare come “decisivi” anche i fatti secondari, quando essi siano determinati per l'accertamento dei fatti principali.

Il legislatore chiarisce dunque nel 2013 il dubbio formulato rispetto al testo del 2009, ma fa sì, con tale chiarimento, che la norma appaia adesso ancor più nettamente incostituzionale, dato che esclude ogni possibilità di poter addurre giustificazioni circa il giudizio di fatto.

Con riferimento invece alla motivazione in diritto, non si è più soliti parlare delle ragioni della decisione, mentre si sostiene sempre di più il fatto che il giudice dovrebbe limitarsi a enunciare solamente i *principi*¹⁰⁷ su cui si fonda la decisione. Appare dunque chiaro il fatto per cui non è più richiesta una succinta motivazione, ma ciò si trasforma in un semplice richiamo ai *principi*, in riferimento ai quali si può evidenziare come si vogliono limitare in modo deciso le argomentazioni in diritto, sostituendole con l'enunciazione di massime, pur sempre a carattere generale, in modo che al giudice non si debba chiedere la giustificazione della sua scelta.

Tutto questo considerato, è possibile intendere come la motivazione in diritto possa (debba) non esserlo in realtà: emerge così un ulteriore aspetto di illegittimità costituzionale della norma¹⁰⁸. Si chiarisce in tal modo il dubbio sorto poc'anzi, riguardo la formulazione precedente dell'art.118, in quanto la motivazione della decisione in diritto può ora consistere soltanto nel riferimento a precedenti conformi¹⁰⁹.

Resta comunque palese come la reale volontà del legislatore sia quella di porre nel nulla qualunque esigenza di effettiva giustificazione della decisione assunta, in fatto come in diritto; l'orientamento del 2013 si manifesta poi in modo ancor più evidente e decisivo nel momento in cui viene enunciato che la motivazione potrebbe consistere anche solo nel rinvio a quanto contenuto negli atti di causa o più specificamente negli atti difensivi¹¹⁰. Il giudice quindi potrebbe semplicemente limitarsi a fare riferimento a ciò che una parte ha enunciato in un suo atto, o a qualunque cosa sia stata detta dalle parti o da qualsiasi soggetto che ha preso parte al processo. Sembra piuttosto evidente, però, come in tal modo il giudice rischi di “non

¹⁰⁷ Satta S., *op.cit.*

¹⁰⁸ Porcelli G., *op.cit.*, 75.

¹⁰⁹ Forse non a caso nel testo approvato in Commissione alla Camera il rinvio esclusivo a precedenti conformi viene eliminato. V. Porcelli G., *Le novità in materia di motivazione della sentenza*, Torino, 2013.

¹¹⁰ Taruffo M., *op.cit.*, 543-577.

pensare più con la sua testa”, facendo semplici rinvii a tali atti e facendo diventare la motivazione della sentenza un disordinato miscuglio di asserzioni prive di un fondamento logico e giuridico, e soprattutto di qualsiasi struttura giustificativa: una norma di tal genere è priva di legittimità costituzionale¹¹¹, dato l’indubbio contrasto con l’art. 111 comma 6 della Costituzione.

Per queste ragioni, non è errato affermare, in conclusione, che la legge dell’agosto 2013 n. 98 abbia soppresso l’art. 79; e nonostante che tale normativa sia stata quanto mai opportuna, ciò pone un problema in riferimento alle conseguenze relative alla motivazione, dato che essa verrebbe ad essere solo quella prevista dall’art.132 n.4 (nel testo riformato del 2009), riferendosi alle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Secondo una parte della dottrina oggi si può ammettere come non esista, in realtà, alcuna versione dell’art. 118 disp.att.: né quella del 2009, essendo stata sostituita nel 2013, né quella contenuta nell’art. 79, soppressa con la legge di conversione del decreto. Non vi è dubbio poi che i molteplici e recenti interventi legislativi abbiano irreversibilmente destrutturato la motivazione della sentenza¹¹², la quale attualmente¹¹³ è “succinta” proprio come quella dell’ordinanza (art. 118 comma 1, disp.att., c.p.c.), che in ogni caso non nasce come un provvedimento decisorio atto ad agire nel merito.

La motivazione oggi è, quindi, un’istituto a tal punto screditato che si è parlato della possibilità di ridurre la sentenza al solo dispositivo, che poi altri avrebbero cura di motivare. Il giudice, come emerge dalla disciplina codicistica, deve solo dimostrare di aver fatto propri gli argomenti su cui è fondato il suo convincimento e di aver valutato in modo critico ed oggettivo gli atti del processo.

Come conseguenza di ciò, le Sezioni Unite hanno deciso¹¹⁴ che non possa essere ritenuta nulla la sentenza che esponga le ragioni della decisione, limitandosi a riprodurre il contenuto di un’atto o provvedimento giudiziario, senza eventualmente

¹¹¹ Capponi-Tiscini, *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino 2014.

¹¹² Capponi-Tiscini, *op.cit.*, Torino, 2014.

¹¹³ Acierno P., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2012.

¹¹⁴ Sent. 16 gennaio 2015, n. 642, in *Giust. proc. civ.*, 2015.

nulla aggiungere ad esso, a patto che restino sempre esposte le ragioni che hanno condotto il giudice alla decisione adottata.

In conclusione, si può affermare come emerga la funzione della sentenza che decide, mentre resta in secondo piano l'aspetto motivazionale, al punto da far credere che la motivazione debba essere considerata un'appendice quasi inessenziale all'interno del processo stesso¹¹⁵.

I.7 LA MOTIVAZIONE COME RIFLESSO DEL RUOLO DEL GIUDICE

Il giudice, come è noto, è chiamato a regolare lo svolgimento del processo, esercitando i poteri che gli sono attribuiti, nei modi e nei tempi stabiliti: gli spazi entro i quali la *discretio iuris* può esercitarsi¹¹⁶, in maniera strumentale al miglior utilizzo possibile dello strumento processuale, lungi dall'essere compressi, devono essere *orientati*, posto che la scelta discrezionale del giudice consiste “nel determinare il contenuto dell'atto in base alla causa posta dalla norma specifica, tenuto conto delle esigenze poste dal caso concreto”¹¹⁷. E, ancora, tale scelta “deve essere operata obiettivamente, cioè dando prova, il giudice, di discrezionalità in modo consapevole”¹¹⁸. La sentenza potrà essere invalida qualora venga disatteso l'ordine delle questioni imposto dalle parti; in ogni caso la sentenza è invalida pur prescindendo dalla graduazione delle eccezioni mosse dalle parti, quando la motivazione circa l'ordine delle questioni adottato dal giudice sia assente, ovvero

¹¹⁵ Capponi B., *L'omesso esame del n.5 dell'art. 360 n.5 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2016.

¹¹⁶ Barak A., *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, traduzione di Mattei, sostiene che la discrezionalità del giudice “non è un atteggiamento mentale, né emozionale, bensì una *condizione di diritto* in cui il giudice è libero di scegliere tra più alternative” ed esse sono tutte legittime.

¹¹⁷ Marengo R., *La discrezionalità*, *cit.*, 75.

¹¹⁸ Marengo R., *op.cit.*, 117.

faccia emergere eventuali lacune, errori o contraddizioni in cui egli sia incorso nella selezione e combinazione delle variabili¹¹⁹.

Che la motivazione debba rivestire un ruolo centrale, secondo la ricostruzione appena compiuta, è l'ultima delle annotazioni indispensabili alla piena comprensione dell'impostazione lumeggiata¹²⁰.

Se il giudice decide discrezionalmente quale scansione seguire nella trattazione e soluzione delle questioni, basando la sua decisione su parametri ordinanti, il punto centrale non sarà più l'applicazione o la violazione dell'art. 276 c.p.c., quanto la violazione del dovere-potere di esercitare correttamente la sua discrezionalità, chiarendo nella motivazione perché è stata adottata quella decisione¹²¹.

E infatti, se l'ordine emerge dal concreto atteggiarsi della fattispecie e della vicenda processuale, il giudice dovrà dare conto dell'ordine che ha ritenuto più confacente al caso singolo nella sua pronuncia¹²².

In altri termini, se nell'ottica della vincolatività e immutabilità della pregiudizialità logico-giuridica¹²³ il giudice non ha bisogno di giustificare una scelta che è diretta

¹¹⁹ Tale è, peraltro, uno degli orientamenti seguiti in giurisprudenza, per la quale l'illegittimo *modus procedendi* sarebbe determinato dalla contraddittorietà della motivazione, dalla quale emergerebbero gli errori e vizi logici in cui sia incorso il giudice. Cass., 28 marzo 1991, n. 3360, in *Mass.giur.it*, 1991, secondo la quale il mancato rispetto da parte del giudice dell'ordine logico in cui si pongono le questioni insorte nel processo può rilevare come motivo di impugnazione della sentenza solo nella eventualità che abbia determinato una contraddittorietà della motivazione; conforme Cass., 7 maggio 2004, n. 8720, in *Gius.*, 2004, 3626 ss., su una fattispecie in cui avverso una domanda risarcitoria erano stati eccepiti il giudicato e la prescrizione dei diritti vantati, e il giudice di secondo grado aveva esaminato per prima quest'ultima eccezione, decidendo nel senso della sua fondatezza, sul presupposto dell'esclusione della formazione di un giudicato.

¹²⁰ Nel senso che la motivazione mantenga, ancora nel sistema attuale ed a prescindere dal tema di nostro interesse, un ruolo centrale, Taruffo M., *La motivazione della sentenza*, in *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 378 ss., Chiarloni S., voce *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enc.dir.*, II, Milano, 2008, 414.

¹²¹ Biavati P., *Appunti sulla scrittura*, 1316, il quale alla domanda che l'A. stesso si pone circa la necessità di motivare in un punto di ordine delle questioni, risponde: "La trasparenza della pronuncia suggerisce che la scelta dovrà essere messa in relazione con la pronuncia sul merito; così l'evidenza della soluzione prescelta, sarà ragione sufficiente per non aver trattato altre questioni, la cui esatta determinazione sarebbe stata irrilevante rispetto alla pronuncia finale."

¹²² Questa relazione è correttamente descritta da Costantino G., *Governance e regole*, 79, che scrive: "Nell'ambito delle disposizioni processuali, alcune implicano un potere-dovere del giudice, cosicché la violazione determina l'invalidità del provvedimento sindacabile in sede di impugnazione; altre volte implicano un potere discrezionale, l'esercizio del quale è sindacabile con riferimento esclusivo alla motivazione; altre ancora regolano l'esercizio di poteri meramente ordinatori e non sono affatto sindacabili."

applicazione di una disposizione o che si ritiene comunque immanente al sistema, dal nostro punto di vista il giudice è tenuto a una *disclosure* dei criteri adottati¹²⁴.

Si passa, pertanto, dall'invalidità basata sulla violazione di canoni schiettamente processuali della pregiudizialità, a una incentrata su un vizio di motivazione, la cui censurabilità pone (forse) qualche problema alla luce degli ultimi interventi normativi, sui quali si tornerà tra poco. A tal proposito, è stato sostenuto che l'aver espunto dall'art. 132 n. 4 c.p.c. il riferimento alla "concisa esposizione" dello svolgimento del processo avrebbe causato una significativa contrazione degli spazi di argomentazione circa le questioni processuali che si siano rivelate determinanti per la decisione¹²⁵. Nello stesso senso deporrebbe la modifica dell'art. 118 disp. att., disposizione che ora si riferisce a una esposizione delle ragioni giustificative quanto più "succinta"¹²⁶. Un'ulteriore restrizione del campo della censurabilità del vizio logico in virtù dell'art. 348-ter, co. 4 e 5 c.p.c., i quali contemplan ipotesi per le quali il motivo n. 5 dell'art. 360 c.p.c., non è utilizzabile¹²⁷, ma ciò verrà esaminato più nel dettaglio nei prossimi capitoli.

¹²³ Questo assunto sembra confutato da Taruffo M., *La fisionomia*, 446, secondo cui la pregiudizialità è importante fulcro della fase motivazionale della decisione.

¹²⁴ Ancora Biavati P., *Appunti, loc.ult.cit.*, "nello specifico compimento di scelte che alterano l'ordine logico-giuridico delle questioni, una motivazione accurata che metta in luce al contempo la ragionevolezza del percorso prescelto e l'evidente fondatezza dei profili di merito che supportano la decisione, appare un contributo sicuramente importante."

¹²⁵ Che l'esposizione delle vicende processuali servisse a rendere riscontrabili nella sentenza eventuali vizi di norme processuali, lo sostiene Taruffo M., *La motivazione*, 2010, 380 ss.

¹²⁶ Acierno M., *La motivazione della sentenza*, 438, per la quale "il legislatore sembra aver assunto definitivamente il canone della semplificazione come criterio generale ed informatore della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali". Che poi sia dimostrato il binomio "motivazione semplificata/risparmio di tempo, o meglio, motivazione semplificata/costituzionalmente orientata verso la ragionevole durata del processo" è condivisibilmente discutibile (p. 447).

¹²⁷ Panzarola A., sub. *art. 348-ter c.p.c. e art. 360 c.p.c.*, 687 ss.

I.8 LA MOTIVAZIONE E IL SUO PESO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Al fine di poter comprendere pienamente quanto la motivazione del provvedimento giurisdizionale rilevi in un contesto sovranazionale, comune quindi a più ordinamenti giuridici che condividano quei valori comunemente definiti come quelli della civiltà giuridica moderna occidentale democratica, è utile dare uno sguardo anche sommario alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹²⁸.

L'obbligo di motivazione è visto come coesistente al giusto processo descritto dall'art.6 CEDU, in quanto essa ha come fine quello di rappresentare "lo strumento attraverso il quale il giudice risponde delle modalità con cui mette in atto il suo potere, concedendo alle parti di esercitare un diffuso controllo democratico sulla sua attività", ciò rappresentando una assoluta "garanzia contro l'arbitrato"¹²⁹.

Naturalmente tale obbligo di motivazione non impone mai una risposta dettagliata riguardo ogni argomento trattato e deciso, bensì solamente per i fatti principali e decisivi, secondo il giudice, per la decisione assunta, con particolare riferimento alle decisioni di rito piuttosto che a quelle di merito.

La Corte Europea ribadisce la sua giurisprudenza, secondo cui non le compete venire a conoscenza degli errori di fatto o di diritto che siano stati eventualmente commessi da una giurisdizione interna, salvo nei casi in cui tali errori possono aver avuto ad oggetto qualsiasi diritto o libertà fondamentale tutelati dalla Convenzione¹³⁰; solamente in tal caso, infatti, questi errori possono dar vita ad un difetto di equità della decisione presa¹³¹, assolutamente incompatibile con l'art.6 della Convenzione stessa. Questa norma è, in effetti, atta a garantire un giusto processo, ma non

¹²⁸ De Stefano F., *La giustificazione della decisione di merito e il controllo di legittimità: vizio motivazionale riformato, regole del ragionamento probatorio, presunzioni e inferenze*, in *Diritto e Giustizia*, 2018, 6 ss.

¹²⁹ Monteleone G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 24 ss.

¹³⁰ CEDU, 5 febbraio 2015, ric. N. 22251/08, *Bochan c. Ukraine*, p. 61, ove riferimenti a CEDU *Garcia Ruiz c. Spagna*, ric. N. 30544/96, 28.

¹³¹ Acierno, M., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2012.

disciplina in alcun modo l'ammissibilità delle prove o il loro apprezzamento, materia che compete al diritto interno¹³².

La logica di tale nozione di "errore manifesto di apprezzamento" per come utilizzata nel contesto dell'art.6 della Convenzione, è senza dubbio quella che, nel caso in cui l'errore di fatto o di diritto commesso dal giudice nazionale sia evidente e dunque "manifesto", tale che nessun magistrato avrebbe potuto commetterlo, esso può essere stato decisivo per l'equità del processo. È per questo che l'aspetto irragionevole delle giurisdizioni nazionali sui fatti sia così chiaro e manifesto che la Corte possa ritenere che la pratica oggetto di discussione andrebbe qualificata come "grossolanamente arbitraria", poiché talmente sprovvista di base legale nel diritto interno e senza alcun legame con i fatti oggetto della causa che essa riveste un carattere arbitrario e si risolve in un "diniego di giustizia"¹³³.

Allo stesso modo sempre la Corte Europea, pur senza la pretesa di una dettagliata risposta ad ogni argomento riportato dalle parti, rassicura i giudici interni ricordando come l'art.6 esiga comunque da essi che vengano indicati in maniera sufficientemente esaustiva le ragioni a sostegno delle loro decisioni, in quanto l'obbligo di motivazione implica che la parte di un procedimento giudiziario possa legittimamente attendersi una risposta esaustiva e specifica ai mezzi decisivi per la risoluzione del procedimento in corso¹³⁴.

Peraltro, quando la controversia fa riferimento a diritti fondamentali oggetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di Strasburgo esige dai giudici nazionali una vigilanza scrupolosa e si ingerisce in modo evidente delle loro valutazioni di merito e, soprattutto, del c.d. controllo di proporzionalità da loro esercitato sul punto, prendendo visione dei fatti e, in particolar modo, della considerazione che di quella le autorità giudiziarie nazionali hanno in concreto operato¹³⁵; tanto va recepito anche dai giudici nazionali¹³⁶, in virtù del meccanismo di interazione della giurisprudenza di quella Corte nel nostro ordinamento, come

¹³² CEDU, 21 marzo 2000, *Dulaurans c. Francia*, ric. N. 34553/97, 33-34 e 38; CEDU, 15 novembre 2007, *Khamidov c. Russia*, ric. N. 72118/01, 170 e 174.

¹³³ De Stefano F., *La giustificazione della decisione di merito e il controllo di legittimità: vizio motivazionale riformato, regole del ragionamento probatorio, presunzioni e interferenze*, 2016.

¹³⁴ CEDU, *Dulaurans c. France*, *cit.*

¹³⁵ De Stefano F., *op.cit.*

disegnato dalla nostra Corte Costituzionale e di recente dalla stessa ribadito con la sentenza 26 marzo 2015, n. 49.

Se la stessa Corte europea dei diritti dell'Uomo ammette certamente un margine di apprezzamento discrezionale in capo ai singoli stati (e quindi ai giudici nazionali) nel modulare le risposte di tutela di quei diritti nelle fattispecie concrete, per adeguare le prime alle peculiarità delle seconde¹³⁷, è però indispensabile che la risposta concreta regga a un vaglio di inammissibilità e così di adeguatezza, nell'equilibrio raggiunto tra l'esigenza dell'interesse generale e la salvaguardia del diritto fondamentale¹³⁸: in buona approssimazione tanto intendendosi per controllo del rispetto del principio di proporzionalità. A questo riguardo, occorrerà fare riferimento non alla definizione generale del principio di proporzionalità come esigenza di adeguatezza tra i mezzi impiegati e gli scopi perseguiti, ma a quella, più pregnante in quanto riferita al campo dei diritti fondamentali e alla teoria generale del diritto, della esigenza di conciliazione tra due principi o norme generali che si trovino, in una determinata situazione o classe di situazioni, in posizione evidentemente antinomica, al fine di stabilire se e quali sacrifici imporre all'uno o all'altro¹³⁹.

A questo fine, per valutare se la risposta è stata adeguata, alla Corte europea dei diritti dell'uomo non interessano i limiti procedurali interni dei sistemi giurisdizionali, nemmeno quando sono imperniati sulla limitazioni del controllo di ultima istanza alla sola legittimità delle decisioni dei pregressi gradi di merito: nel complesso, quindi, la risposta giurisdizionale alla richiesta di tutela del diritto fondamentale, non importa da quale organo interno al sistema giudiziario statale coinvolto sia stata resa, deve essere proporzionata, secondo quanto emerge dalla motivazione adottata dai giudici nazionali¹⁴⁰.

¹³⁶ Sul tema v. Cass., ord. 22 settembre 2016, n. 18619.

¹³⁷ È la teoria della "marge (nationale) d'appretiation", fondamentale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e ribadita costantemente; riaffermata di recente, anche quanto all'art. 2 della Convenzione, da Corte eur. dir. Uomo, Gr. Cam., 30 marzo 2016, ric. N. 29151/11.

¹³⁸ Come da sempre torizzato: si veda, ad es., Corte eur. dir. uomo 7 agosto 1996, fino a quella odierna, sez. V, 12 luglio 2016, n. 24587/12.

¹³⁹ Evangelista S., *Motivazione della sentenza civile: dalla tradizione ai modelli innovativi*, in *Dir. e giustizia*, 2004, n. 34, 88 ss.

¹⁴⁰ Riguardo tale aspetto, implicante un penetrante controllo nel merito delle argomentazioni a giustificazione delle scelte dei giudici nazionali, tra le più recenti, v. Corte eur. dir. uomo 23 giugno 2015, n. 34823/05, 48.

CAPITOLO 2

IL NUOVO TESTO DELL'ART. 360 n. 5: DAL VIZIO DI MOTIVAZIONE ALL'OMESSO ESAME

II.1 L'ORIGINE STORICA DEL CONTROLLO DELLA MOTIVAZIONE

L'istituto della Cassazione italiana discende dal modello napoleonico della Corte Suprema francese: prima della Rivoluzione, infatti, nessuno degli Stati italiani aveva mai conosciuto un simile istituto¹⁴¹, e solamente dopo il periodo della Restaurazione esso cominciò a trovare in alcuni Stati, come quello piemontese, i tratti fondamentali di quello moderno.

Con l'editto regio¹⁴² di Carlo Alberto del 1847 il legislatore sabauda inseriva, da un lato, per la prima volta il ricorso per cassazione tra i rimedi di impugnazione delle sentenze, disciplinando in modo espresso il procedimento, specificandone in modo dettagliato i motivi di ricorso e coordinandolo con gli altri mezzi di gravame; dall'altro, introduceva (ben prima del R.D. n. 12 del 1941) una sorta di principio nomofilattico con il quale si tutelava l'uniformità giurisprudenziale¹⁴³.

Al momento dell'unificazione, gli Stati italiani avevano ciascuno una propria tradizione sia nella regolamentazione processuale che nella disciplina dell'organo giudiziario di vertice, con quattro Corti di cassazione (Torino,

¹⁴¹ Non viene trattato, poiché non desta problemi, il controllo motivazionale all'interno dei gradi di merito, in quanto in quella sede non si risente, ad oggi, delle problematiche ulteriori tipicamente caratteristiche del giudizio di legittimità (come il difficile sindacato per i vizi di motivazione). Dal che si può affermare che la motivazione nel processo di appello viene relegata ad affare esclusivamente interno giudizio di merito.

¹⁴² Rasia C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, 260 ss.

¹⁴³ Ricci G.F., *op.cit.*, 23 ss.

Firenze, Napoli, Roma, Palermo)¹⁴⁴; raggiunta l'unità nazionale, le quattro Corti divennero però organi con circoscrizione regionale, e nel 1923 fu istituita una Cassazione unica (Roma) per tutto il Regno d'Italia¹⁴⁵.

Va detto che il codice del 1865 ha convissuto per circa sessant'anni (fino al 1923) con il sistema delle Cassazioni regionali, le quali trovavano nell'art. 517 c.p.c. la loro disposizione fondamentale: in tale articolo erano elencati i motivi di ricorso, quasi tutti incentrati su *errores in procedendo* (ben sette degli otto presenti: violazione di forme del procedimento imposte a pena di nullità, nullità della sentenza per vizi formali indicati dalla legge, ultrapetizione ed extrapetizione, omessa pronuncia, contraddittorietà nelle disposizioni, contraddittorietà a un precedente giudicato), riservando a un unico motivo (quello del n. 3) la doglianza della violazione o falsa applicazione della legge sostanziale¹⁴⁶.

Il modello delineato dal codice previgente appariva proteso più alla “tutela della legge” che alla tutela dello *ius litigatoris*: lo dimostrava il fatto che, una volta annullata la sentenza, non era disposto alcun vincolo per il giudice del rinvio, il quale era libero di decidere nuovamente la lite, con possibilità della parte di impugnare la decisione davanti alla Corte per gli stessi motivi, che questa volta decideva a Sezioni Unite *ex art. 547 c.p.c.*¹⁴⁷.

In definitiva, l'esito raggiunto con il testo del codice del 1865 fu un decisivo ampliamento del sindacato della Cassazione, con una frequente censura nel merito delle decisioni di fatto, sotto l'apparenza per lo più del controllo su un vizio *in procedendo*¹⁴⁸. Contro questa troppo permissiva interpretazione giurisprudenziale, il legislatore del 1940 tentò di reagire con una nuova e più

¹⁴⁴ Taruffo M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, 27 ss.

¹⁴⁵ Rasia C., *op.cit.*, 262 ss.

¹⁴⁶ Vedi il testo dell'art. 517 c.p.c. del 1865 in *Codice di procedura civile del regno d'Italia 1865*, in Picardi, Giuliani (a cura di), *Tesi e documenti per la storia del processo*, cit., 469.

¹⁴⁷ Nel caso in cui la sentenza fosse stata nuovamente annullata dalle Sezioni Unite per gli stessi motivi, la sentenza avrebbe vincolato il giudice di rinvio sul punto di diritto deciso dalla Corte. Trattasi della c.d. “doppia conforme”.

¹⁴⁸ Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, cit., 555 – ricordando dapprima che «intorno alla sufficienza od insufficienza delle motivazioni si discute ogni giorno, e quasi in ogni causa, avanti le corti di cassazione» (p. 94) – evidenziava che il più delle volte gli annullamenti erano pronunciati «per difetto parziale di motivazione» e che l'annullamento per difetto di motivazione è un espediente con cui la Corte «mette in pace la propria coscienza coi dubbi che

precisa disposizione, prevedendo, nell'art. 360 n. 5, un ricorso per cassazione per «omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti», senza fare alcun riferimento al difetto di motivazione. Si tentò di mediare tra due diverse tesi, cioè tra quella che escludeva la possibilità di un controllo motivazionale in cassazione, e la seconda che lo ammetteva: il risultato fu di prevedere tale controllo, se pur riconducendolo entro il perimetro della decisività del solo fatto omesso¹⁴⁹.

Le condizioni alle quali la rilevanza dell'errore di fatto era subordinata erano dunque due: la dipendenza della decisione dal fatto e la discussione delle parti intorno al fatto stesso, non essendo ammissibile alcun controllo sulla coerenza logica, né possibile alcuna censura in caso di (semplice) mancata considerazione di un elemento fattuale. Nell'analizzare questa norma, la dottrina giunse ad affermare che, sotto il primo profilo, non bastava dire che il giudice di merito non avesse motivato in fatto, ma occorreva dimostrare che, se anche avesse motivato, avrebbe dovuto decidere diversamente perché non aveva tenuto presenti i fatti decisivi; sotto il secondo profilo, i commentatori osservarono che il difetto di esame (distinto dall'errore revocatorio) riguardava una questione di fatto che avesse formato oggetto di controversia tra le parti o di cui il giudice avesse indicato alle parti l'opportunità della sua trattazione¹⁵⁰.

Era dunque consentito alla Corte Suprema un controllo limitato della giustificazione del giudizio di fatto, circoscritto alla verifica della completezza della motivazione relativa alla ricostruzione delle vicende oggetto della causa, con l'esclusione della possibilità di entrare nel merito del giudizio, in ossequio alla funzione nomofilattica¹⁵¹.

accoglie intorno alla giustizia o alla perfetta legalità della decisione».

¹⁴⁹ Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 482. Si legge nella relazione ministeriale del Guardasigilli Grandi (n. 30 in fine) che «durante i lavori preparatori si era manifestata una autorevole tendenza a eliminare del tutto dal giudizio di cassazione quel motivo di difetto di motivazione, al quale la pratica giudiziaria aveva dato, com'è noto, una estensione così esorbitante e così lontana dalle sue origini testuali. Ma piuttosto che sopprimerlo, si è preferito conservarlo ristretto e precisato nella nuova formula, che lo ammette non nella quasi illimitata ampiezza alla quale la pratica era arrivata nell'adattamento nelle norme del codice del 1865, ma nei limiti precisi di un omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio del quale le parti avevano discusso».

¹⁵⁰ Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, pp. 509-510, che riassume anche gli orientamenti giurisprudenziali dell'epoca.

¹⁵¹ Rasia C., *op.cit.*, 267.

L'esperienza applicativa di tale norma fu abbastanza breve, in quanto durò appena otto anni, e nonostante ciò la disposizione ricevette numerose critiche da parte della dottrina, che vide nell'introduzione del nuovo n.5 dell'art. 360 c.p.c. una contraddizione del legislatore. Alcuni autori evidenziarono come, nonostante l'intenzione del legislatore di "conservare ristretto nella nuova formula" il difetto motivazionale¹⁵², il n. 5 del codice del 1940 non mirava a restringere l'ammissibilità del vizio di omessa motivazione¹⁵³.

A fronte di tali timori e a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, che con l'art. 111 conferiva nuova importanza alla motivazione delle sentenze, il legislatore del 1950 sentì la necessità di modificare in maniera rilevante l'art. 360 n. 5 c.p.c., circoscrivendo per la prima volta all'interno della norma il vero e proprio vizio di motivazione. La norma in esame, rimasta la stessa fino al 2006, stabiliva che la sentenza fosse impugnabile «per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile di ufficio»: esamineremo più avanti l'articolo in modo più approfondito¹⁵⁴.

Con la riforma del 2006 furono apportate modifiche marginali rispetto alla versione fino ad allora vigente, in quanto fu sostituito al «punto prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio» il «fatto», che doveva essere «controverso e decisivo per il giudizio»¹⁵⁵: nonostante tale modifica, l'eccessivo carico di lavoro della Corte non diminuì¹⁵⁶.

Si giunse quindi alla riforma introdotta con il D.L. n. 83 del 2012 (convertito con legge n. 134 del 2012, in vigore dall'11 settembre dello stesso anno) che, come più volte evidenziato, non consente più l'impugnazione della sentenza con il n. 5 dell'art. 360 per «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un

¹⁵² Carnelutti F., *op.ult.cit.*

¹⁵³ Zanzucchi M., *Diritto processuale civile*, cit., 249, il quale aggiunge: «Non v'è che formulare l'augurio, che questa che, nell'intenzione del legislatore, doveva essere una porta pressoché chiusa ed è invece diventata una finestra aperta non diventi poi addirittura un portone spalancato; e l'istituto della cassazione a poco a poco apertamente non degeneri in una terza istanza di merito».

¹⁵⁴ Rasia C., *op.ult.cit.*

¹⁵⁵ Dunque la norma prescriveva al n. 5, il sindacato «per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio».

¹⁵⁶ Caponi R., *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5 c.p.c.*, cit., 2. Per un dato attuale, l'arretrato nel 2012 è di 98.079 ricorsi civili, che nel 2015 aumentano a 105.561, con un ingresso attuale di

fatto controverso e decisivo per il giudizio», ma solo per «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti».

Come è stato da più parti osservato, la nuova norma non costituisce un'innovazione poiché segna un ritorno all'antico, cioè all'originaria formulazione del codice del 1942, salvo per l'uso della locazione «circa un fatto decisivo» anziché «di un fatto decisivo»¹⁵⁷; torneremo più avanti a parlare in modo più approfondito dell'art. 360 n. 5.

II.2 IL CONTROLLO SULLA MOTIVAZIONE E LE POSSIBILI DERIVE CIVILISTICHE

Il ricorso per Cassazione è un mezzo di impugnazione e come tale è concesso al soccombente per tentare di modificare il giudizio risultatogli sfavorevole nel grado precedente¹⁵⁸.

Storicamente, dopo il codice del 1940 e la riforma dell'ordinamento giudiziario del 1941, la finalità essenziale del giudizio di legittimità si muove tra la tutela dello *ius litigatoris* (far sì che la parte che ritiene di aver subito un torto in sede di appello possa chiedere un ulteriore controllo della decisione al fine di ottenere la reintegrazione del suo diritto soggettivo lesa) e la tutela dello *ius constitutionis*, con quest'ultima espressione intendendosi la funzione nomofilattica attribuita alla Corte dall'art. 65 sull'ordinamento giudiziario¹⁵⁹, che

circa 29.966 unità l'anno.

¹⁵⁷ Panzarola A., *Sub artt. 348-ter-360 c.p.c.*, in Martini, Panzarola (a cura di) *Commentario alle riforme del processo civile. Dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 706 ss. Nello stesso Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, cit., par. 14.1.

¹⁵⁸ Bove M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, ibidem, 2013, 431 ss.

¹⁵⁹ L'idea della Cassazione come mezzo per uniformare la giurisprudenza era infatti estranea al codice del 1865, nel quale la Corte si limitava ad annullare il provvedimento erroneo,

consiste nella razionalizzazione e unificazione dell'incessante formarsi del diritto vivente.

Qui emergono, dunque, i due volti dell'istituto, il cui studio comprende il mezzo di impugnazione e l'organo deputato a conoscere l'interesse individuale del soccombente¹⁶⁰. Il primo aspetto può trovare soddisfazione solo se allo stesso tempo viene soddisfatto il secondo, e questo è il motivo per cui il ricorso per cassazione è concesso per far valere ogni possibile violazione di norma di diritto, mentre è preclusa la sindacabilità della *quaestio facti*: la Corte può rilevare che nella soluzione della questione di diritto si annidi un errore tale da causare l'ingiustizia della sentenza impugnata, mentre non può dirsi altrettanto in riferimento alla soluzione della questione di fatto¹⁶¹.

In buona sostanza, il ricorso per cassazione è propriamente un mezzo di impugnazione e non certo uno strumento che l'ordinamento attribuisce al singolo per sfruttare l'interesse individuale al solo fine di perseguire un interesse generale: esso deve fare i conti con quell'interesse generale, e questa è la ragione della sua delimitazione al *de iure*.

La Suprema Corte, in quanto giudice deputato al controllo in diritto¹⁶², ha certamente anche il compito di controllare che nel giudizio di fatto siano rispettate le regole giuridiche che, espressamente o per desunzione, il giudice di merito ha il dovere di osservare, e questo esame non può non passare anche, quando non soprattutto, dal controllo della motivazione del provvedimento.

È un elemento già acquisito nel vigore della precedente disciplina quello che prevede che le violazioni delle norme che disciplinano l'assunzione delle prove siano

rinviano ad altro giudice il quale conservava «piena libertà di giudizio» (v. la *Relazione ministeriale al c.p.c. del 1865*, § 401 e, in particolare, l'art. 544, comma 2, c.p.c.). Va precisato che oggi si tende a parlare genericamente di funzione nomofilattica in relazione ad entrambe le finalità (esatta osservanza della legge e uniforme interpretazione della legge), ma all'origine il termineriguardava piuttosto la prima che la seconda.

¹⁶⁰ Bove M., *op.cit.*, 432.

¹⁶¹ A mio parere, la convivenza tra l'interesse particolare e quello generale, gioca un ruolo solo quando si tratta di delineare i limiti del sindacato della C.S., non avendo invece esso alcun ruolo nella delineazione dell'oggetto del giudizio di cassazione e dei suoi possibili esiti; insomma, nella struttura del mezzo di impugnazione, caratterizzato dall'effetto devolutivo ancorchè ancorato alla denuncia di censure che, lungi dall'essere tipiche, devono ancora essere specifiche.

¹⁶² Santangeli F., *Il controllo del giudizio di fatto in Cassazione e le sentenze delle Sezioni Unite*, *Judicium.it*, 2017.

denunciabili in Cassazione come *errores in procedendo*¹⁶³; lo stesso si può dire per quelle decisioni del giudice di merito relative al giudizio di fatto che non costituiscono frutto di scelte discrezionali, ma pretendono il rispetto di disposizioni che regolano in maniera vincolante tale ambito di giudizio¹⁶⁴; similmente, ci si può pure riferire al margine del controllo in cassazione in riferimento al rispetto del principio di non contestazione¹⁶⁵, anch'esso caratterizzato da un vincolo normativo che il giudice di merito ha l'onere di rispettare e che può essere oggetto di controllo in Cassazione.

Una riflessione più approfondita va invece dedicata a tutte le ipotesi nelle quali, nel giudizio di fatto, il giudice pronunci su situazioni cui va ascritto necessariamente un margine di discrezionalità alla sua determinazione sull'esistenza o meno dei fatti principali di segno positivo o negativo, posti a fondamento delle richieste e delle controdifese delle parti¹⁶⁶. Del resto, la regola nel nostro processo non è certo quella della disciplina delle prove legali come fonte di convincimento; tuttavia, negli artt. 115 e 116 c.p.c., il legislatore afferma chiaramente che, anche in riferimento al giudizio di fatto, il giudice è tenuto a conformarsi a criteri che vanno ben oltre al suo esclusivo e personale convincimento. Dall'art. 115 si desume, tra l'altro, il divieto della c.d. scienza privata del giudice, e il c.d. diritto alla prova delle parti¹⁶⁷, mentre nell'art. 116 c.p.c. sono precisati i confini del libero convincimento del giudice.

In tale ambito si colloca il controllo del giudizio di fatto operato dalla Corte di cassazione, la quale è chiamata a verificare solo se il giudice di merito abbia osservato le regole della logica e quelle dell'esperienza, che costituiscono i limiti giuridici "strutturali" della sua discrezionalità e che garantiscono la ragionevolezza e la plausibilità del giudizio di fatto.

¹⁶³ Lombardo L., *La natura del sindacato della Corte di cassazione*, cit., 221.

¹⁶⁴ Lombardo L., *op.ult.cit.*, 222.

¹⁶⁵ Santangeli F., *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, 2010, in *Judicium.it*; Tedoldi A., *La non contestazione del nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv.dir.proc.civ.*, 2011, 76 ss., Sassani B., *Commento all'art.115*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni S., Bologna, 2011, 483 ss.; Ricci G.F., *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv.dir.proc.*, 2014, 321 ss.

¹⁶⁶ Lombardo L., *op.ult.cit.*, 248 ss.; Grasso, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino, 1973, 1312.

¹⁶⁷ *Ex plurimis*, Taruffo M., *Commento art. 115 c.p.c.*, cit., 447.

La Corte, cioè, non è chiamata a condividere o meno la ricostruzione dei fatti contenuta nella decisione impugnata, né è chiamata a procedere a una rilettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, al fine di sovrapporre la propria valutazione delle prove a quella compiuta dai giudici di merito: essa pertanto non può, senza tradire la sua missione nomofilattica, sindacare la scelta del giudice di merito di dare prevalenza a una prova o all'altra, di valorizzare taluni caratteri di una prova o di trascurarne altri, di scegliere la regola di esperienza più appropriata per valutarne l'attendibilità¹⁶⁸.

È sindacabile in Cassazione solo il giudizio di fatto che si pone al di là del ragionevole e del plausibile, per il fatto di fondarsi su un ragionamento che non osserva le regole della logica o che è fondato su asserite regole di esperienza in realtà "inesistenti", come le regole sociali o addirittura "false", nel senso che sono ripudiate dal *sensus communis*. Non è, invece, sindacabile in Cassazione il giudizio di fatto che, per essere stato posto in essere dal giudice di merito secondo il metodo previsto dalla legge, e quindi senza violare i limiti posti alla sua discrezionalità, si mantiene entro i limiti del plausibile¹⁶⁹.

A seguito delle riforme che si sono susseguite dal 2006 al 2012 il rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte sembra di recente tornato *in auge*¹⁷⁰: si è infatti sentita l'esigenza che questa funzione ritornasse principale; in particolare, un intervento nomofilattico della Corte poteva servire a rassicurare e ad evitare ulteriore contenzioso, soprattutto rispetto ad alcune discipline complesse (per esempio, quelle societarie o tributarie) in relazione alle quali l'incertezza sull'interpretazione può paralizzare interi settori.

La necessità di arginare, da un lato, la crisi normativa (a fronte del moltiplicarsi delle fonti) e dall'altro le difficoltà in cui versava l'organo di vertice (per il numero dei ricorsi), hanno quindi indotto il legislatore a rinvigorire la funzione di corretta interpretazione della Corte anche al di là del caso deciso¹⁷¹.

¹⁶⁸ Lombardo L., *op.ult.cit.*, 185-186.

¹⁶⁹ Lombardo L., *op.ult.cit.*, 187.

¹⁷⁰ Espressamente l'art. 1, comma 3, lett a) della l. n. 80 del 2005 "delega al governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione", invitava il legislatore delegato a disciplinare il giudizio di legittimità "in funzione nomofilattica".

¹⁷¹ Sulla crisi del giudizio di cassazione, v. Chiarloni S., *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in *Giur.it*, 2003, 817, che evidenzia che tale condizione si riverbera

Nonostante il rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte, le riforme che nel corso degli anni hanno avuto ad oggetto il codice di procedura civile italiano hanno ridotto in maniera importante i margini del sindacato della Cassazione sulla motivazione della sentenza¹⁷².

La Cassazione ha affermato che il controllo della motivazione attiene alla sua sola “esistenza”, deve poi prescindere dal confronto con le risultanze processuali, e inoltre non può estendersi a un controllo di “sufficienza”, ma si esaurisce nella verifica che non ricorra alcuna delle ipotesi qui di seguito elencate, le quali, secondo la stessa Corte, rappresenterebbero casi di motivazione inesistente¹⁷³:

- una assoluta mancanza dei motivi;
- una motivazione apparente;
- un contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili;
- una motivazione obiettivamente incomprensibile.

In sostanza, la Suprema Corte nega che possa ancora svolgersi un vero sindacato sulla logicità e sulla sufficienza della motivazione, posto comunque che l’unico caso in cui tale sindacato è ancora consentito è quello, certamente estremo, in cui il giudice ha deciso senza tener presente il fatto o i fatti sui quali ha posto le basi della sua decisione. Tutto questo, però, non ha nulla a che vedere con il controllo di logicità della motivazione del giudizio di fatto¹⁷⁴, in quanto esso si risolve in un semplice controllo che il ragionamento del giudice, come deducibile dalla motivazione, includa i fatti materiali, che se sussunti nella fattispecie generale descritta dalla norma possano produrre gli effetti voluti da quest’ultima.

Tale controllo tuttavia non è caratterizzato per avere ad oggetto la motivazione del giudizio di fatto, poichè sembra possa risolversi in un controllo sulla motivazione in diritto, che ha come oggetto la verifica che la decisione presa possa basarsi sull’applicazione della norma al fatto accertato¹⁷⁵, indipendentemente da come il

su due fronti: impedisce alla Corte di assolvere al compito nomofilattico e garantisce la ragionevole durata dei processi.

¹⁷² v. Passanante L., *Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo*, 2015, 86 ss.

¹⁷³ Passanante L., *op.cit.*, 2015, 86 ss.

¹⁷⁴ Taruffo M., *La motivazione della sentenza*, in *Il processo civile riformato*, diretto da Id., Bologna, 2010.

¹⁷⁵ Sassani B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in*

giudice abbia compiuto l'accertamento. Il problema relativo ai modi con i quali il giudice è giunto all'accertamento dei fatti resta in ogni caso del tutto estraneo al controllo operato dal giudice di legittimità.

La Corte di Cassazione ha così la possibilità di esonerare¹⁷⁶ il giudice dalla redazione di una motivazione analitica, che per ciascun fatto posto a fondamento della decisione indichi le prove sulle quali la verità supposta del fatto si pone a fondamento, senza naturalmente omettere di indicare le eventuali prove all'opposto, ed esplicitando le ragioni per cui le prime sono state fatte prevalere sulle seconde.

Si può dire che tale esonero costituisca una vera e propria direttiva politica per il giudice del merito e che le sue ricadute non possano non avere conseguenze importanti sulla qualità delle decisioni: sapendo di avere un obbligo di motivazione¹⁷⁷ che in concreto si è però ridotto in misura decisiva sia in ambito contenutistico che di coerenza logica, il giudice del merito può essere tentato di procedere alla redazione di una motivazione non tanto concisa e succinta, come previsto dalla legge, ma piuttosto affrettata; in questa maniera, il giudice di primo grado avrà la possibilità di "guadagnare tempo"¹⁷⁸, ma non potrà utilizzare la stesura della motivazione come mezzo per il controllo del giudizio in fatto, al quale probabilmente è già pervenuto.

In questo modo è pure più semplice includere nel ragionamento probatorio tutti gli elementi che formano delle generalizzazioni, non sempre fondate, che si ritrovano in quello *stock of knowledge*¹⁷⁹ da cui il giudice attinge per decidere sui fatti in causa.

La mancanza di una motivazione analitica, logica e completa renderà più facile la pronuncia su decisioni che non sono sorrette adeguatamente da una razionale valutazione della prova e che quindi potranno più facilmente prestarsi ad aprire le porte a criteri irrazionali di decisione, che dovrebbero essere esclusi dall'amministrazione della giustizia¹⁸⁰.

cassazione, in *Corr. Giur.*, 2013, 849 ss.

¹⁷⁶ Passanante L., *op.cit.*, 85-86.

¹⁷⁷ Sassani B., *op.cit.*, 2013, 855.

¹⁷⁸ Di Iasi C., *Il sindacato della Cassazione sulla motivazione*, in Acierno, Curzio, Giusti, *La Cassazione civile*, Bari, 2015, 375 ss.

¹⁷⁹ Denti V., *La giustizia civile*, Bologna, 1989.

¹⁸⁰ Passanante L., *op.ult.cit.*, 87.

II.3 CENNI INTRODUTTIVI AL NUOVO ART. 360 n.5 C.P.C.: UN RITORNO ALLE ORIGINI

A differenza dell'appello, il ricorso per Cassazione si presenta come un metodo di impugnazione "a motivi obbligati"¹⁸¹. L'appellante deve, naturalmente, motivare l'appello, ma qualsiasi ragione di critica alla sentenza di primo grado, purché astrattamente idonea a dar luogo a una differente decisione nel merito, può fungere da motivo di appello: non è necessario che il soccombente traduca, a pena di inammissibilità del gravame, la doglianza di un motivo predeterminato¹⁸².

Nel giudizio di Cassazione le cose stanno diversamente: per essere ammissibile, il ricorso deve poter ricondurre le censure mosse alla sentenza a uno, o più, dei motivi elencati nell'art. 360 c.p.c.; il soccombente deve quindi indagare in quali termini, e limiti, il vizio della sentenza possa tradursi in uno dei motivi elencati dall'art. 360 c.p.c.. La Corte verificherà quindi pregiudizialmente¹⁸³ che la censura alla sentenza corrisponda a uno dei motivi ammessi, con la conseguente inammissibilità delle censure non inquadrabili in alcuno dei motivi contemplati dalla legge.

La Corte di cassazione non è dunque chiamata a "rigiudicare" la controversia, dato che i suoi poteri di cognizione sono instradati secondo specifici motivi di controllo della pronuncia impugnata: inoltre, l'accoglimento del ricorso si concreta nella cassazione della sentenza impugnata, e solo in seguito a tale cassazione si potrà procedere a una eventuale nuova decisione.

I motivi contemplati dall'art. 360 danno luogo a cinque distinte figure¹⁸⁴, che tradizionalmente sono ricondotte a tre tipi fondamentali:

¹⁸¹ Per considerazioni generali sui motivi di ricorso per Cassazione si veda Satta, *Corte di cassazione (dir.proc.civ)*, cit., 811 ss.

¹⁸² Taruffo M., *Il processo civile riformato*, diretto da id., Bologna, 2010.

¹⁸³ Taruffo M., *op.cit.*

¹⁸⁴ La tecnica analitica di distribuire i possibili vizi di diritto in più motivi è propria del codice italiano mentre altre legislazioni preferiscono sintetizzare l'insieme degli errori di diritto in una formula unitaria e onnicomprensiva. Il codice di procedura francese (art. 604) prevede l'unico motivo della "non conformità alle regole del diritto" mentre quello tedesco parla semplicemente di "violazione del diritto federale": ambedue gli ordinamenti non hanno peraltro difficoltà a ricomprendervi tutti i motivi dell'articolo 360 c.p.c. (compreso il motivo del precedente n.5 relativo alla denuncia della insufficienza della motivazione)

- a) un primo gruppo attiene alla c.d. violazione di legge, cioè alla violazione e falsa applicazione delle norme utilizzate quale metro di giudizio (c.d. *errores in iudicando*);
- b) un secondo gruppo si riferisce all'intervenuta violazione di norme processuali (c.d. *errores in procedendo*)¹⁸⁵;
- c) un terzo gruppo poteva individuarsi, prima della legge n. 164/2012, nella difettosa soluzione delle questioni relative ai fatti di causa; si tratta degli errori connessi al mancato rispetto dei principi del corretto argomentare, ricavabili dall'esposizione del giudizio di fatto compiuto in motivazione¹⁸⁶.

Come si è già detto, il testo del n. 5 dell'art. 360 è stato innovato con la legge del 2012, che ha limitato la censura di quello che una volta si chiamava vizio di motivazione alla sola ipotesi dell'“omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”¹⁸⁷.

La prima considerazione dalla quale sono partite le Sezioni Unite per ricostruire il significato di questa nuova norma è consistita nella presa d'atto che il legislatore del 2012 ha, nella sostanza, inteso ripristinare la formulazione letterale che la norma aveva nella versione originaria del codice del 1940¹⁸⁸: secondo i giudici del supremo

¹⁸⁵ Sulla distinzione tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*, v. Cass.SS.UU., 2012, n. 8077. La distinzione è considerata, invece, priva di fondamento razionale da Satta (Corte di Cassazione, cit., 811) secondo cui “essa contraddice alla essenziale unità di giudizio, perché il giudizio si forma attraverso un processo che ha il suo inizio nella posizione della norma e la sua conclusione nella sentenza. Se questo è vero la giustizia, lungi dall'essere una valutazione extra processuale di fatti e norme, consiste proprio nella fedeltà a quel processo, nell'essere il giudizio, reso nel processo, in tutto rispondente alla legge nella sua formulazione. Per questo il vizio di attività e il vizio di giudizio si presentano (...) come errori, per questo ogni errore *in iudicando* è necessariamente *in procedendo* e ogni errore *in procedendo* è necessariamente *in iudicando*.” La distinzione avrebbe solo utilità da pratica “in quanto consente di mettere in luce la diversa estensione dei poteri della cassazione nella valutazione degli errori *in iudicando* rispetto a quelli *in procedendo*. Si tratta sempre di errori nella formazione del giudizio in quanto soggetta a regole legali, perché il giudizio per sé stesso non è censurabile e questo non è altro che la limitazione all'*error in iudicando in iure*: ma mentre in quest'ultimo tipo di errore ogni valutazione di fatto è estranea per definizione al giudizio della corte, negli *errores in procedendo* la corte compie anche un'indagine di fatto, tutte le volte che la norma processuale è condizionata all'esistenza di una certa situazione che deve essere accertata dal giudice”. Tale distinzione è criticata anche da Fazzalari E., in *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 102; Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, 101.

¹⁸⁶ Taruffo M., *op.cit.*

¹⁸⁷ Ricci G.F., *Il giudizio civile in Cassazione*, Torino, 2013, 170.

¹⁸⁸ Passanante L., *Le Sezioni Unite riducono al “minimo costituzionale” il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc 1, 2015, 188.

collegio, infatti, la minima differenza testuale che vi è tra il testo originario del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. e quello attuale (in cui la preposizione “di” è stata sostituita con “circa”) non avrebbe rilevanza alcuna, trattandosi (nel secondo caso) di un mero solecismo (cioè di uno “strafalcione”) inidoneo a mutare il significato della prescrizione normativa attuale rispetto a quella originariamente utilizzata nel codice di rito¹⁸⁹.

Il legislatore del codice del 1940 introdusse al n. 5 un motivo di ricorso per cassazione formulato in termini restrittivi per assecondare l'esigenza, derivata da un orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza del codice del 1865, che ammetteva un controllo esteso e penetrante sulla motivazione¹⁹⁰.

Questa giurisprudenza, infatti, nonostante il codice del 1865 non contenesse alcuna norma diretta a consentire il sindacato sulla motivazione da parte della Cassazione, aveva esteso il suo controllo, oltre alle ipotesi in cui la sentenza fosse ritenuta nulla per difetto di motivazione, a quei differenti casi in cui la motivazione, pur essendovi, fosse insufficiente o contraddittoria¹⁹¹. In questo modo, in via giurisprudenziale si era operato, per un verso, un notevole ampliamento dei poteri della Cassazione circa il sindacato sulla sentenza impugnata e, per un altro verso, il vizio di motivazione era divenuto, nella prassi forense non meno che in quella della Corte, uno strumento per aprire surrettiziamente la via ad una (ri)valutazione nel merito del giudizio di fatto, sotto le mentite spoglie di un *error in procedendo*¹⁹².

¹⁸⁹ Il termine “solecismo” in riferimento all'utilizzo del “circa” nella norma in questione viene impiegato da Didone, *Note sull'appello inammissibile perchè infondato e il vizio di motivazione in cassazione dopo il decreto legge c.d. “sviluppo” (con il commento anticipato di Calamandrei, cit., p. 229 ss.* Tant'è che secondo questo a., non sarebbe stato necessario attendere nuove pronunce sull'art. 360 n. 5 c.p.c., essendovi a disposizione nei repertori di giurisprudenza le sentenze a suo tempo emesse sul testo originario del codice del 1940-42. In dottrina nel senso che l'uso dell'avverbio “circa” al posto della preposizione “di” sarebbe riconducibile ad un cattivo uso della lingua italiana v. Taruffo M., *Addio alla motivazione?*, 2014, 381. Vanno, invece, di diverso avviso, dicendosi disponibili a valorizzare la differenza nell'uso della preposizione nelle due versioni della norma De Cristofaro, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima riforma urgente: quando i rimedi peggiorano il male, cit., par.1*; Merone A., *La riforma del giudizio di cassazione*, 246; Poli M., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, 205-206.

¹⁹⁰ Passanante L., *Le Sezioni Unite riducono al “minimo costituzionale” il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc 1, 2015, 190.

¹⁹¹ Passanante L., *op.cit.*

¹⁹² V. Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 474 ss. La circostanza che il controllo di motivazione sia stato costruito dalla giurisprudenza in assenza di norme che lo prevedessero

In questo contesto il legislatore, anziché porsi nell'ottica di una soppressione del controllo della Cassazione sulla motivazione, si era piuttosto orientato nella direzione di promuoverne una riduzione dei limiti per mezzo dell'introduzione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c.¹⁹³; parte della dottrina ritiene che la norma in questione avesse sulla giurisprudenza un effetto eccessivamente restrittivo¹⁹⁴, mentre altri commentatori si convinsero del fatto che l'interpretazione giurisprudenziale sul nuovo n. 5 venisse erroneamente intesa come assai più restrittiva e rigorosa di quanto non fosse in realtà¹⁹⁵.

In ogni caso, il legislatore si convinse della necessità di sostituire la restrittiva formula dell'"omesso esame di un fatto decisivo" con quella più ampia e maggiormente ordinante della "omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia", così proseguendo nell'opera di mediazione tra la tendenza ad ampliare il controllo sulla motivazione manifestata da parte della giurisprudenza di legittimità e la necessità di contenerne i limiti entro spazi ben definiti¹⁹⁶. E così, se è vero che l'opinione prevalente in dottrina interpretò l'introduzione della nuova formula dell'art. 360 n. 5 voluta dal legislatore del 1950 come un'innovazione diretta al radicale ampliamento delle possibilità, per la parte, di rilevare il vizio di motivazione e, correlativamente, dei poteri della Cassazione¹⁹⁷, vi è anche chi non meno autorevolmente sostenne che in realtà la novella del 1950 avesse reso esplicito, migliorandone la formulazione ed eliminando l'ambiguità insita nella dizione letterale del codice del 1940, "il fenomeno che già in questa era

apertamente è stato ricordato recentemente in uno dei primi commenti alla nuova formulazione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c.; Fornaciari M., *Ancora una riforma, cit.*, 2.

¹⁹³ Sulle differenti opinioni formatesi all'epoca in dottrina sul testo del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. nella versione originaria del 1940-42 v. Satta S., *Diritto processuale civile*, Padova, 1954, 369 ss.; Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile, II, Del processo di cognizione*, Napoli, 1941, 512; Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 485.

¹⁹⁴ Così Satta S., *Diritto processuale civile, cit.*, 369 ss.

¹⁹⁵ Di questo avviso era Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile, II; Del processo di cognizione, cit.*, 512; e successivamente anche Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile, cit.*, 485.

¹⁹⁶ Passanante L., *op.cit.*

¹⁹⁷ V. Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile, II; Del processo di cognizione, cit.*, 512; Fazzalari E., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 15.

implicitamente contenuto, sotto le erronee e mentite spoglie dell'omesso esame di fatto decisivo"¹⁹⁸.

In effetti, come è stato anche recentemente ricordato¹⁹⁹, la formulazione originaria del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. non fornì buoni risultati, se è vero che l'esperienza applicativa dimostrò come "l'omesso esame del fatto decisivo" finisse con l'attribuire alla Cassazione la facoltà di procedere a un esame assai più penetrante del fatto, potendo implicare la valutazione della decisorietà il riesame di tutto il materiale istruttorio acquisito alla causa²⁰⁰.

Quale che fosse il rapporto ipotizzabile tra vecchia e nuova dizione del vizio di motivazione, non può certo negarsi che, sulla scorta della nuova formulazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c., la giurisprudenza della Cassazione abbia ampliato notevolmente i margini del controllo di legittimità sulla motivazione, così indirettamente incentivando il tentativo, ben noto ai pratici, di utilizzare il ricorso per cassazione al fine di esperire l'ultimo (disperato) tentativo di ottenere nella sostanza un nuovo giudizio di fatto, con un conseguente, costante e vertiginoso aumento del numero dei ricorsi²⁰¹.

¹⁹⁸ Così testualmente, Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 487.

¹⁹⁹ Sassani B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, cit., 849 ss., spec. par. 5.

²⁰⁰ Così, quasi letteralmente, Andrioli-Micheli, *Riforma del codice di procedura civile. Relazione, in annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Roma, 1946, 199 ss., citato da Sassani B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza*, loc.ult.cit.; questo rischio è evidenziato da Di Iasi C., *Il vizio di motivazione dopo la l. 134 del 2012*, cit., 1451, nonché da Fornaciari M., *Ancora una riforma*, cit., par. 3. Sotto questo profilo sono molto interessanti le documentate considerazioni svolte di recente da Bove M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione*, cit., 682, circa l'effettiva portata della formulazione originaria dell'art. 360 c.p.c.: l'a., cita, infatti, alcune significative sentenze della cassazione di quegli anni dalle quali emerge chiaramente come, se all'apparenza la giurisprudenza dell'epoca si orientava in senso restrittivo, affermando che in cassazione, ex art. 360 n. 5 si poteva sindacare solo l'omessa motivazione e non anche la sua insufficienza illogicità o incongruenza, in verità il vizio logico, così come "inventato" dalla cassazione in epoca anteriore al codice del 1940, restava vivo nella giurisprudenza della Suprema. A sostegno di questo assunto si vedano gli stralci di alcune significative sentenze della cassazione riportati da Bove M., *op.ult.cit.*, 682-684, nelle quali si affermava chiaramente che la motivazione della sentenza non sarebbe stata censurabile in sede di legittimità se "condotta con criterio logico e senza errori giuridici, in base all'esame di tutto il materiale probatorio" (Cass. 28 giugno 1946, n. 764); o se il giudice di merito "nell'apprezzare con rigore logico le prove dedotte dalle parti, abbia imperniata la decisione sul complesso degli elementi raccolti" (Cass., 26 marzo 1943, n. 686).

²⁰¹ Sul punto Trisorio L., *Il ricorso per cassazione*, cit., par 8, 13.

La situazione patologica innescata dal testo del n. 5, come novellato nel 1950, ha richiesto in tempi recenti ulteriori contromosse da parte del legislatore, il quale ha provveduto, con due modifiche relativamente ravvicinate nel tempo (nel 2006 e poi nel 2012), a restringere significativamente i limiti di sindacabilità della motivazione della sentenza da parte della Cassazione²⁰².

Nel 2006, infatti, il legislatore è nuovamente intervenuto sulla norma, prevedendo il ricorso in cassazione per “omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio”²⁰³. Questa vecchia formulazione aveva un senso preciso, consolidato da una lunga e stabile esperienza giurisprudenziale: con il tradizionale motivo del n. 5 si usciva dalla censura di un errore di diritto in senso proprio per spostarsi sui vizi di motivazione della sentenza, cioè sui difetti di giustificazione di quanto deciso; in altri termini, l’esame del motivo contemplato dal consolidato testo del n. 5 dell’art. 360 c.p.c. permetteva di ben chiarire i limiti intrinseci della tramandata espressione, secondo cui la Corte di Cassazione non è “giudice del fatto”²⁰⁴ bensì è “giudice del solo diritto” (c.d. “giudice di legittimità”, espressione, questa, contrapposta a “giudice del merito”).

Con l’impugnazione per c.d. vizio della motivazione, il controllo esercitato dalla Corte non poteva andare al di là della verifica della non assoluta arbitrarietà, ovvero della scorrettezza logica delle ragioni della decisione comunicate attraverso la sentenza²⁰⁵: ciò significava che la Corte non poteva giudicare in via diretta dell’avveramento o meno dei fatti in questione, ma poteva appurare se il giudice di merito, nel motivare la scelta della norma concretamente applicata, avesse giustificato in maniera non obiettivamente implausibile la sua conclusione, cioè se l’avesse basata su elementi di fatto che potessero considerarsi sufficienti (secondo criteri di ragionevolezza condivisa) e non affetti da evidente contraddizione.

La Corte di Cassazione era chiamata a verificare quindi la correttezza dei criteri logici e argomentativi utilizzati dal giudice in motivazione²⁰⁶, ed era cassata la

²⁰² Lombardo L., *op.cit.*, 33.

²⁰³ Taruffo M., *Il processo civile riformato*, diretto da id., Bologna, 2010.

²⁰⁴ Beninteso M., del fatto “sostanziale”; come si è visto più su, la Corte ha sempre pieni poteri ricostruttivi del c.d. “fatto processuale”.

²⁰⁵ Si veda Cass. 8.9.2017, in *Giust. civ. mass.*, 2017.

²⁰⁶ Carratta A., *Giudizio civile di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo*

sentenza in cui la Corte avesse ravvisato una stortura nella giustificazione ricostruttiva del fatto, non potendo essa invece direttamente verificare se il fatto fosse effettivamente accaduto o meno: è in questo senso che si affermava che il giudice di Cassazione “non è giudice del fatto”: egli poteva sindacare il fatto solo sotto il profilo della ricostruzione che ne aveva dato (o che non ne aveva dato, in caso di omessa motivazione) il giudice di merito, sicché l’accoglimento del ricorso poteva conseguire solo alla rilevazione di un errore logico e/o argomentativo relativamente a un fatto controverso e decisivo²⁰⁷.

Nella disciplina anteriore alla riforma del 2012 si è sempre detto che con la censura relativa a quello che si chiamava vizio di motivazione, ci si riportava, da un punto di vista di coerenza logico-giuridica, a un evidente collegamento con la doglianza di cui al n. 3 dell’art. 360, giacché in entrambi i casi si finiva per avere un’ingiustizia della decisione²⁰⁸.

Non è una novità che il motivo di ricorso di cui al n. 5 dell’art. 360 c.p.c. sia sempre stato quello che ha presentato le maggiori difficoltà interpretative e applicative, anche perché, se non rettamente inteso, poteva prestarsi a condurre la Corte a un inammissibile riesame del materiale istruttorio; da qui le evidenti interpretazioni “riduttive”²⁰⁹ nell’individuazione di tale vizio, che se potevano avere una logica da un punto di vista dogmatico, in quanto costituivano una barriera nei confronti degli

di legittimità, in *treccani.it*, 2012, 2 ss; Ricci G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 183.

²⁰⁷ Per esempio, la sentenza d’appello aveva fatto discendere la responsabilità civile di Tizio dando per scontato che egli guidava tenendo la sinistra. Della sussistenza di questo preciso comportamento la sentenza non dava alcuna spiegazione convincente, limitandosi a riportare quanto affermato dalla controparte, in assenza di risultati probatori e in presenza di contestazione da parte di guida di Tizio. Investita della questione, la Corte di cassazione non indagava affatto sulla effettiva posizione di Tizio al momento dell’incidente, ma cassava la sentenza poiché la motivazione era sostanzialmente omessa su un punto decisivo e controverso. Ancora: la sentenza d’appello, sul solo presupposto che le parti si erano incontrate e avevano verbalmente puntualizzato i termini dell’accordo, aveva dichiarato che il contratto della cui esistenza si discuteva si era concluso. La Corte non indagava se vi fosse stata effettiva manifestazione della volontà contrattuale, ma cassava per insufficienza della motivazione, poiché da essa non era possibile ricavare l’evidenza che le parti avessero espresso in via definitiva la volontà contrattuale e non si fossero limitate a concordare solo i punti rilevanti di un futuro accordo. Sotto questo profilo, i poteri della corte di cassazione erano più ristretti rispetto ai poteri del giudice d’appello, che invece può sempre esprimere il suo autonomo giudizio sulle vicende fattuali sottostanti ai diritti fatti valere in giudizio.

²⁰⁸ Ricci G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 171 ss.

²⁰⁹ Si veda in tal senso, Comoglio-Ferri-Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna, 2011, 715 ss.

accertamenti di fatto in Cassazione, dal punto di vista concreto finivano, però, per urtare contro alcuni ostacoli giuridici non indifferenti.

Queste interpretazioni riduttive si fanno oggi chiaramente ben più evidenti dopo il d.l. n. 83 del 2012, che ha ristretto il contenuto dell'art. 360 n. 5, non solo eliminando ogni riferimento alle ipotesi di motivazione “omessa, insufficiente o contraddittoria”, ma cancellando il richiamo al concetto stesso di motivazione della sentenza, dizione che scompare infatti dal testo dell'articolo²¹⁰. Al suo posto è inserita una formula completamente diversa, che è quella già ricordata dell'”omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”.

Come è già stato sottolineato, la nuova dizione non costituisce per la verità qualcosa di veramente originale, considerato che essa riproduce nella sostanza la formula della versione originaria del codice di procedura del 1940²¹¹.

Il quesito è evidente: si ritorna al passato? E che cosa è cambiato rispetto al previgente testo?

La risposta a tali interrogativi non ci esime però dal considerare, in primo luogo, se ancora ce ne fosse bisogno, che il vizio inquadrabile nel n. 5 è solo quello che concerne la motivazione *in fatto*. Il rilievo è noto e già la riforma del 2006 non aveva mancato di sottolinearne ulteriormente i tratti, sostituendo, nella lettera del previgente n. 5, la parola “fatto” alla parola “punto”; indubbiamente il legislatore si era mosso nell'ottica di ritenere equivoca la parola “punto” della controversia: e ciò non a torto, proprio per la possibile riferibilità di tale termine a qualsiasi aspetto della lite e dunque anche alle questioni di diritto²¹². Il riferimento al “fatto” decisivo appare invece inequivoco nel collegare la doglianza del n. 5 esclusivamente alla motivazione *in fatto*.

Ciò è ancor più evidente dopo la riforma del 2012, pienamente esplicitata nel correlare la possibilità di ricorrere per il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. alla sola ipotesi che

²¹⁰ Ricci G. F., *op.cit.*, 171.

²¹¹ Fazzalari E., *Il giudizio civile di cassazione, cit.*, 63 ss.

²¹² Ricci G.F., *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2013, 265. Per una rigorosa ricostruzione dell'evoluzione storica della censura per vizio di motivazione, si può vedere Saletti, *il controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di cassazione italiano dal 1865 ad oggi*, in *Riv. Dir. proc.*, 2018, 965 ss.

la pronuncia abbia omesso la valutazione di un fatto²¹³; del resto non potrebbe essere altrimenti, dato che l'erronea motivazione in diritto trova ben altra censura, considerato che se essa ha inciso sul dispositivo, distorcendolo rispetto a quello che si sarebbe avuto se il ragionamento effettuato dal giudice sulla norma giuridica fosse stato esatto, il vizio trova tutela nell'ambito dell'n. 3 dell'art. 360; qualora invece²¹⁴ l'erronea motivazione in diritto non abbia influenzato il dispositivo, il rimedio previsto dalla legge è quello della semplice correzione della motivazione ai sensi dell'art. 384 comma 4 che, come vedremo, costituisce secondo buona parte della dottrina un caso di rigetto del ricorso.

Deve inoltre aggiungersi che la riforma del 2012, se per certi aspetti ha ristretto la tutela della parte, ha tuttavia fatto giustizia dell'ambiguità della formula, usata nel vecchio testo del n. 5 della motivazione "omessa, insufficiente e contraddittoria", nata con la riforma del 1950²¹⁵, ambiguità che non solo ha sempre reso difficile la distinzione tra le ipotesi, ma che aveva in pari misura l'effetto di fuorviare l'interprete, sol che questi avesse tentato l'interpretazione meramente letterale della disposizione; invero, se si intendeva l'omessa motivazione come assenza materiale della stessa, il vizio contestato non avrebbe certo potuto approdare al n. 5 dell'art. 360, ma avrebbe dovuto trovare come unica collocazione possibile quella del n. 4 dello stesso articolo, dato che la motivazione è elemento essenziale della decisione e la sua mancanza è destinata a determinarne la nullità²¹⁶.

La giurisprudenza, sotto questo profilo, ha cercato di equiparare la motivazione omessa a quella meramente "apparente", cioè alla motivazione che, almeno stando al significato letterale del termine, di fatto esiste, ma non ha alcun riferimento con il caso specifico²¹⁷.

²¹³ v. Monteleone G., *Riflessioni sull'obbligo di motivare la sentenza (motivazione e certezza del diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 3 ss.

²¹⁴ In argomento v. Ricci G. F., *Diritto processuale generale*, cit., 178.

²¹⁵ Si veda Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, cit., 171.

²¹⁶ Ricci G. F., *op.cit.*

²¹⁷ Cass., 12 aprile 2006, n. 8620, in *Rep. Giur.it.*, 2007, voce "Cassazione civile", n. 318, (riferimento alla violazione da parte del giudice di pace degli art. 132 n. 4 c.p.c. e 118 disp. att., che impongono la motivazione delle ragioni di equità su cui la decisione è fondata).

Tale opinione è sempre apparsa frettolosa e troppo drastica, in quanto se da un lato è solo un'ipotesi di scuola pensare a una motivazione redatta senza alcun riferimento al caso specifico, dall'altro è estremamente labile il confine tra una motivazione da considerare apparente e una motivazione illogica o insufficiente, vizio, quest'ultimo, che si collocava invece a pieno titolo nel n. 5.

In buona sostanza, se la motivazione in fatto sussiste nel provvedimento, è illusorio pensare che il giudice l'abbia redatta senza sfiorare alcuno degli argomenti della lite: per questo motivo, il problema della motivazione apparente doveva essere spiegato in un'ottica completamente diversa²¹⁸.

II.4 IL VIZIO DELLA MOTIVAZIONE DOPO LA MODIFICA DELL'ART.360 N.5 C.P.C.

Con l'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n.83, convertito con modificazioni nella legge n.134 del 2012, è stato completamente riscritto il n. 5 comma 1 dell'art.360 c.p.c.

Nella sua attuale versione, questa norma prevede²¹⁹ che si può ricorrere in Cassazione per “omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti” e non più per “omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio”.

La norma, in questa veste, non rappresenta però una novità nel panorama normativo, ma, come si è già osservato, costituisce un ritorno a quella norma del codice di rito

²¹⁸ Ricci G. F., *op.cit.*

²¹⁹ De Stefano F., *La giustificazione della decisione di merito e il controllo di legittimità: vizio motivazionale riformato, regole del ragionamento probatorio, presunzioni e inferenze*, in *Riv. Giur.*, 2015, 55 ss.

del 1942 che restò in vigore per meno di un decennio, quando fu sostituita con la legge n. 581 del 1950²²⁰.

Il nuovo n.5 dell'art.360 c.p.c. è dunque la riproposizione testuale²²¹ di una disposizione di settant'anni fa: tuttavia, ciò non significa che la stessa formulazione debba avere necessariamente identico significato, non essendo neppure in astratto proponibile un'interpretazione della norma in esame che faccia riferimento a una giurisprudenza formatasi nei circa otto anni di vigenza del testo originario del codice di rito, considerato che non si potrà naturalmente prescindere dal contesto storico, linguistico, tecnico in cui la formulazione viene riproposta,²²² e neppure dalla Costituzione con le successive modifiche, come dagli oltre sei decenni di elaborazione dottrina e giurisprudenziale sul vizio di motivazione come previsto dalla riforma del 1950²²³. A una simile operazione non ci si potrà peraltro sottrarre ritenendo che l'*intentio legis* sia rinvenibile esclusivamente nella logica del *post hoc et propter hoc*, non sussistendo i presupposti per un paragone tra le due situazioni.

Tornando all'attuale testo dell'art. 360 n. 5, occorre subito mettere in evidenza che l'interpretazione della modifica non richiede solo un'attività di "definizione" dei termini utilizzati, ma impone anche, e prioritariamente, il preventivo inquadramento del motivo di cui si discute nell'ambito degli altri motivi di ricorso per Cassazione e dunque per la sua esatta "collocazione" tra i vizi della sentenza²²⁴.

La precisazione non è oziosa, dato che la nuova norma non fa più alcun accenno alla "motivazione" della sentenza impugnata, ma fa direttamente riferimento al solo "fatto"; con una regolamentazione compiuta e analitica, la nuova formulazione che sostituisce radicalmente la precedente, omettendo ogni riferimento alla motivazione, rende oggettivamente legittimo il dubbio che possa non trattarsi di un motivo di ricorso riferibile (esclusivamente) al controllo sulla motivazione; in ogni caso, la formulazione risulta impropria e deviante, perché fa irrompere il fatto direttamente

²²⁰ Lombardo L., *La natura del sindacato della Corte di cassazione*, in *La biblioteca di diritto processuale civile*, Torino, 2015, 295.

²²¹ Rota F., *Motivazione*, in *Diritto online* (2015), *Enc. Giur. Treccani*.

²²² Lombardo L., *op.cit.*, 306 ss.

²²³ Di Iasi C., *il vizio di motivazione dopo la l.134 del 2012*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2013, 1141 ss.

²²⁴ Taruffo M., a cura di, *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 29 ss.

nel giudizio di legittimità, senza più alcun accenno al *medium* rappresentato dalla motivazione²²⁵.

In ogni caso, la mancanza di ogni riferimento alla motivazione, unita all'utilizzo di un termine atecnico come "esame", fa sorgere non solo il dubbio che alla Suprema Corte sia in qualche modo concesso un sindacato diretto sul fatto e sul suo accertamento (non quindi esclusivamente sulla relativa motivazione), ma anche, per altro verso, il dubbio che nel n. 5 dell'art. 360 c.p.c. novellato il legislatore abbia inteso raggruppare qualsiasi "vizio" avente attinenza con l'*esame* di un fatto decisivo, o meglio, con la sua omissione²²⁶.

Sulla base delle sopra esposte considerazioni, è una conseguenza diretta il fatto che non siano più menzionati i vizi di insufficienza e contraddittorietà. La *ratio legis* è chiaramente espressa dai lavori parlamentari²²⁷, laddove si afferma che la modifica è "mirata ad evitare l'abuso dei ricorsi per cassazione basati sul vizio di motivazione, non strettamente necessitati dai precetti costituzionali, supportando la generale funzione nomofilattica propria della Suprema Corte di cassazione, quale giudice dello *ius constitutionis* e non (se non nei limiti della violazione di legge) dello *ius litigatoris*"²²⁸.

Altro punto oggetto di analisi con l'attuale formulazione è se "omesso esame" possa significare (o meno) anche "omesso accertamento" del fatto decisivo, con tutte le immaginabili implicazioni sul versante istruttorio del vizio di motivazione, senza contare che l'omesso esame circa il fatto decisivo potrebbe tranquillamente presupporre l'errore revocatorio. Peraltro, se il legislatore ha inteso effettivamente riferirsi non all'esame del fatto, bensì solo al (mancato) riscontro di esso nella motivazione della sentenza impugnata, c'è da chiedersi perché non si sia limitato a "ridurre" la portata della previgente disposizione - che aveva il pregio della chiarezza, della precisione e di una maggiore "attualità - lasciando in vita solo

²²⁵ Di Iasi C., *op.cit.*, 987 ss.

²²⁶ Di Iasi C., *op.cit.*

²²⁷ Acierno M., *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2012, 449 ss.

²²⁸ Sent. Cass. sez. unite, 7 aprile 2014, n. 8053.

l'omessa (non anche l'insufficiente o contraddittoria) motivazione circa un fatto decisivo, ma abbia invece sentito la necessità di sostituire interamente la norma²²⁹.

Questo, tra gli altri, è un dubbio di una certa consistenza, che non può risolversi semplicemente attribuendo al legislatore l'intento di ricorrere a una formulazione che settant'anni fa era stata utilizzata in una funzione genericamente restrittiva dei poteri censori della Cassazione²³⁰.

Quanto sopra esposto genera il dubbio che, per poter cogliere appieno la portata e le possibili conseguenze della modifica in esame, sia necessario cambiare prospettiva, soffermandosi soprattutto a considerare non tanto il significato della disposizione introdotta, quanto quello più insito in essa, ovvero della totale soppressione della norma precedente.

La formulazione del nuovo comma risultava esplicita e analitica,²³¹ sia laddove distingueva concettualmente il sindacato estrinseco del giudice di legittimità sulla motivazione della sentenza impugnata dal controllo diretto dell'accertamento del fatto operato dal giudice di merito, sia laddove specificava in modo accurato in che cosa poteva consistere il vizio della motivazione e su cosa poteva cadere²³².

Proprio la limpidezza concettuale della norma ha consentito negli anni ai giudici di legittimità di interpretare il loro sindacato sulla motivazione della sentenza di merito come strettamente connesso a quello di assicurare l'esatta osservanza della legge, rifuggendo dal rischio di trasformare il giudizio di Cassazione in un giudizio di terza istanza. Al riguardo, è granitica la giurisprudenza secondo cui la denuncia del vizio di motivazione non conferisce al giudice di legittimità il potere di riesaminare il merito della vicenda processuale sottoposta al vaglio, ma solo la facoltà di controllare, sotto il profilo della coerenza logico-formale, le argomentazioni emesse dal giudice di merito²³³.

La precedente versione dell'art. 360 n. 5 proponeva una costruzione del vizio di motivazione di forte impatto teorico, ma che in questi anni, grazie alla

²²⁹ Bove M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 501 ss.

²³⁰ Di Iasi C., *op.cit.* 987 ss.

²³¹ Di Benedetto U., *op.cit.*

²³² Panzarola A., in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di R. Martino e A. Panzarola, Torino, 2013, 698 ss.

²³³ Passanante L., *op. cit.*, 458 ss.

giurisprudenza di legittimità, è pervenuta a esiti di grande civiltà; il “vecchio” n. 5 ha consentito non solo la formazione di una giurisprudenza, ma anche di una cultura sul vizio di motivazione che rappresenta un *unicum* nel suo genere: quella norma faceva della Corte di Cassazione il solo giudice dell’impugnazione davanti al quale²³⁴ rilevavano di per sé i vizi della motivazione della sentenza impugnata.

Sotto tale profilo, la giurisprudenza di legittimità relativa al vizio di motivazione ha rappresentato nel corso degli anni un banco di prova e allo stesso tempo un riferimento per i giudici di merito nella redazione delle sentenze, nonché un’importante occasione di autoriflessione dell’intero sistema²³⁵. La portata di quella disposizione non può essere sottovalutata, se si considera che nell’ordinamento italiano, come negli ordinamenti di quasi tutti i paesi occidentali contemporanei, le norme che hanno ad oggetto la motivazione delle sentenze sono in genere assai scarse e non prevedono una sua definizione, con l’effetto di rendere difficile l’individuazione del suo contenuto tipico e dei relativi requisiti normativi.

Invero, esclusi gli art.132 c.p.c. e, ancor prima, l’art.111 Cost., attinenti direttamente al requisito dell’esistenza²³⁶, nonché l’art.118 delle disp. att., non esistevano, e non esistono, norme che stabiliscono i requisiti della motivazione delle sentenze civili di merito e quindi idonee a dare un “contenuto” al dovere di motivazione costituzionalmente presidiato, fatta eccezione per l’art.360 n. 5 c.p.c. (nella versione precedente). Era proprio e solo questa norma a consentire di individuare con precisione i requisiti normativi della motivazione: completezza, sufficienza, logicità²³⁷.

Si può quindi affermare che la soppressione della precedente versione della norma in esame ha in sé la potenzialità di incidere non solo sui poteri censori della cassazione, ma ancor prima sui doveri del giudice di merito con riguardo alla motivazione²³⁸.

²³⁴ Taruffo M., *op.cit.*

²³⁵ Cass., 29 settembre 2004, n. 19521, in *Rep.Giur.it.*, 2005, voce "Cassazione civile", n. 78; sul punto v. Ricci G. F., *op. cit.*

²³⁶ Poli R., *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2016, 66.

²³⁷ Comodoglio L. P., Consolo, Sassani, Vaccarella (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, da vol. I a vol. VII, Torino, 2012-2014.

²³⁸ Cass., 29 settembre 2004, n. 19521, in *Rep. Giur. It.*, 2005, voce "Cassazione civile", n. 78; sul punto v. Ricci G. F., *op. cit.*

Ritorna così pienamente attuale la giurisprudenza delle Sezioni Unite sul vizio di motivazione dell'art.111 Cost., come formatasi anteriormente alla riforma del d.lgs. n. 40/2006: il vizio si converte in violazione di legge solamente nei casi di omissione di motivazione, motivazione apparente, manifesta e irriducibile contraddittorietà, motivazione perplessa o incomprensibile, sempre che il vizio fosse testuale.

Relativamente a tale orientamento²³⁹, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 5888/1992 avevano sottolineato che la garanzia costituzionale della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali dovesse essere correlata alla garanzia costituzionale del vaglio di legalità della Corte di cassazione, funzionale “ad assicurare l’uniformità dell’interpretazione e applicazione del diritto oggettivo a tutela dell’uguaglianza dei cittadini”. Con la citata sentenza, quindi, le Sezioni Unite avevano stabilito²⁴⁰ che l’anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità quale violazione di legge costituzionalmente rilevante atteneva soltanto all’esistenza della motivazione in sé, esaurendosi nella “mancanza assoluta di motivi sotto l’aspetto materiale e grafico”, nella “motivazione apparente”, nel “contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili” e nella “motivazione perplessa ed obbiettivamente incomprensibile”²⁴¹.

Oltre a quanto appena evidenziato, inoltre, le Sezioni Unite mettevano in evidenza che il vizio afferente alla motivazione, sotto i profili della inesistenza, della manifesta e irriducibile contraddittorietà o apparenza, deve risultare dal testo del provvedimento impugnato, sì da comportare la nullità di esso; mentre al compito assegnato dalla Costituzione alla Corte di Cassazione resta estranea una verifica della sufficienza e della razionalità della motivazione sulle *quaestiones facti*²⁴² la quale implichi un raffronto tra le ragioni del decidere adottate ed espresse nella sentenza impugnata e le risultanze del materiale probatorio sottoposto al vaglio del giudice di merito.

²³⁹ Di Iasi C., *Il vizio della motivazione dopo la legge n. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1441 ss.

²⁴⁰ Poli R., *op.cit.*

²⁴¹ Lancellotti F., voce “Sentenza civile”, cit., il quale osserva anche che, da un punto di vista funzionale, vale la sostanza della sentenza come atto di volontà, rispetto al quale l’estrinsecazione in motivazione dell’elemento logico rimane come semplice presupposto di legittimità e non come requisito di esistenza giuridica.

²⁴² Sent. Cass. sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053

Siffatte conclusioni appaiono oggi legittimate dalla riformulazione dello stesso testo adottato con la riforma del 2012, che ha l'effetto di limitare la rilevanza del vizio di motivazione, quale oggetto del sindacato di legittimità, alle fattispecie nelle quali esso si converte in violazioni di legge,²⁴³ e ciò accade solamente quando il vizio di motivazione sia così radicale da comportare, con riferimento a quanto previsto dall'art. 132 comma 2, n. 4 c.p.c., la nullità della sentenza per “mancanza della motivazione”.

A seguito della riforma del 2012 scompare pertanto del tutto il controllo sulla motivazione con riferimento al parametro della “sufficienza”, ma resta il controllo sulla “esistenza” (sotto il profilo dell'assoluta omissione o della mera apparenza) e sulla “coerenza” (sotto il profilo della irriducibile contraddittorietà o della manifesta illogicità) della motivazione, cioè con riferimento a quei parametri che determinano la conversione del vizio di motivazione in vizio di violazione di legge, sempre che il vizio emerga immediatamente dal testo della sentenza impugnata²⁴⁴.

II.5 LA MOTIVAZIONE APPARENTE E IL VIZIO DI OMESSA MOTIVAZIONE

Il vizio di omessa motivazione si verifica nel momento in cui la parte del documento-sentenza, destinata normalmente all'esposizione o illustrazione delle ragioni a sostegno del dispositivo, manca del tutto ed è naturalmente impossibile ricostruire, da qualsiasi altro passaggio, alcuno degli argomenti adoperati o sviluppati dal giudicante per arrivare alla conclusione, poi consacrata e riassunta nel dispositivo; è evidente, in tali occasioni, la violazione dell'art. 132 c.p.c.²⁴⁵.

²⁴³ Panzarola A., in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di R. Martino e A. Panzarola, Torino, 2013, 698 ss.

²⁴⁴ Taruffo M., *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010.

²⁴⁵ Capponi B., *La motivazione della sentenza civile (Dopo la Cass. Sez. un., 16 gennaio 2015)*, in *Questione Giustizia*, articolo del 24 marzo 2015 (ultimo accesso 30 ottobre 2015).

Ciò premesso, si osserva che il mancato esame o l'omessa pronuncia relativamente a un'istanza istruttoria può dar luogo a una tale situazione solo quando l'istanza stessa attenga a circostanze che, con giudizio di certezza e non di mera probabilità²⁴⁶, avrebbero potuto portare a una decisione diversa da quella adottata²⁴⁷; qui sta dunque la decisività del fatto, e non nella sua natura (di fatto) principale piuttosto che secondario, fermo restando che l'errore su quello secondario assume rilievo in quanto si ripercuota sulla convinzione del giudice circa uno principale²⁴⁸.

Ne consegue che, affinché sussista il suddetto vizio non è sufficiente che il fatto, pur dibattuto tra le parti, sia stato totalmente trascurato dal giudice, ma occorre che esso, per la sua diretta inerenza a uno degli elementi costitutivi, modificativi o estintivi del rapporto in contestazione, sia dotato di un'intrinseca valenza, tale da non poter essere tacitamente escluso dal novero delle emergenze processuali decisive per la corretta soluzione della lite²⁴⁹. Per tale motivo, nel momento in cui il giudice ravvisi la necessità di accertare un fatto, in presenza di rilevanti acquisizioni probatorie da accertare – che potrebbero portare a una decisione diversa da quella adottata – egli non può ometterne la motivazione, asserendo che esse mancano del tutto, perché in tal modo incorrerebbe nel vizio di omessa motivazione su un fatto che il giudicante stesso ritiene decisivo²⁵⁰.

²⁴⁶ V. Cass. 28 febbraio 2006, n. 4405

²⁴⁷ V. Cass. 13 febbraio 2006, n. 3075 e Cass. 14 marzo 2006, n. 5473.

²⁴⁸ Fazzalari E., Luiso F., *Codice di procedura civile e norme complementari*, Milano, 2007.

²⁴⁹ Di tale avviso, tra gli altri, Satta S., *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milano, anno I, p. 500. L'A., tuttavia, osserva che a ritenere inesistente la sentenza priva di motivazione, con la conseguente possibilità di agire con un'autonoma *actio nullitatis*, osterebbe l'implicita accettazione delle parti, che non hanno impugnato la sentenza (a questo Taruffo M., *op.cit.*, p. 465, replica che ci vale solo attribuendo una nozione endoprocessuale e non anche extraprocessuale alla sentenza). Così anche Andrioli, nota a Cass. 2 aprile 1949, n. 778, in *Foro.it.*, 1949, I, c. 552. In argomento Santangeli F., *L'interpretazione della sentenza civile*, cit., 165, ricorda l'importanza del disposto di cui all'art. 111 Cost., che prevede l'obbligatorietà della motivazione per i provvedimenti giurisdizionali, e problematicamente riflette se questa norma non disegni una nozione costituzionale di sentenza che consente di escludere dal novero di tali provvedimenti gli atti privi dei motivi in fatto ed in diritto.

²⁵⁰ v. Cass. 10 luglio 1999, n. 7319 che ove di sottolinea che con riferimento alla c.t.u., che non un mezzo di prova, ma uno strumento di valutazione, sotto il profilo tecnico scientifico, di dati già acquisiti e che non può essere utilizzato al fine di esonerare le parti dall'*onus probandi* gravante su di

È stato perciò stabilito che ricorre un vizio di omessa motivazione quando il giudicante affermi in sentenza che sia stata fornita la prova dell'insussistenza del fatto contestato, omettendo di evidenziare il contenuto della stessa²⁵¹.

Il potere discrezionale del giudice nella scelta e nella valutazione degli elementi probatori incontra un limite nell'obbligo, posto a suo carico, di valutare le risultanze di cui la parte deduca la decisività: conseguentemente, si sottrae all'obbligo della motivazione, o vi fa fronte in modo solo apparente, colui che ometta di spiegare le ragioni della non decisività delle prove offerte dalle parti, ovvero faccia un generico riferimento alla documentazione prodotta²⁵².

Pur non essendo tenuto ad analizzare e discutere distintamente i singoli elementi di prova acquisiti al processo, il giudice deve comunque tener conto, nella valutazione complessiva, di tutte le circostanze decisive risultanti dal complesso probatorio e mettere in rilievo quanto è necessario per chiarire e sorreggere adeguatamente la *ratio decidendi*.

In merito, invece, alla motivazione per relationem, si osserva che essa è stata oggetto di dibattito in modo specifico²⁵³, con riferimento ai rapporti tra la sentenza di appello e quella di primo grado. La giurisprudenza riteneva che non sussistesse il vizio di omesso esame di un punto decisivo della controversia nel momento in cui il giudice di appello avesse condiviso la motivazione del provvedimento impugnato, mediante le argomentazioni ivi contenute e in relazione alle censure formulate nell'atto di impugnazione, in modo da rendere possibile il controllo logico-giuridico della decisione adottata²⁵⁴. In genere, comunque, la giurisprudenza era incline a qualificare

esse, contenga elementi idonei a formare il convincimento del giudice, per avere l'ausiliare assunto legittimamente di sua iniziativa informazioni, incorre nel vizio di omessa motivazione il giudice che, tenuto a valutare se l'iniziativa sia stata utilmente condotta, non esamini affatto una questione che risulta dalla relazione peritale acquisita agli atti.

²⁵¹ V. Cass. 10 luglio 2008, n. 19041.

²⁵² Evangelista S., *op. cit.*, 165; cfr. anche Taruffo M., *op. ult. cit.*, 425.

²⁵³ V. Cass. 8 giugno 2011, n. 12071.

²⁵⁴ Cass. 26 gennaio 1996, n. 584, in *Foro.it.*, I, 2139, con nota di Balena G.

come sufficiente tale motivazione solo se la decisione di primo grado fosse stata fatta propria confutando i motivi di gravame.

Più dura anche nei limiti in cui la giurisprudenza la consentiva era la dottrina prevalente, che osservava essere oltremodo necessario che la motivazione dimostrasse come il giudice d'appello avesse sottoposto ad adeguato vaglio critico i motivi di gravame e per quali ragioni fosse pervenuto al convincimento della loro inidoneità a determinare la riforma della sentenza impugnata²⁵⁵.

Per concludere l'esame di tale vizio, è doveroso aggiungere come ad esso debba ricondursi pure la mancanza assoluta, quando investa passaggi decisivi dell'iter logico argomentativo del giudicante, rendendo impossibile la ricostruzione della sua intrinseca concatenazione fino alla conclusione²⁵⁶.

Alla luce di quanto è stato detto, il giudice incorrerà in una responsabilità disciplinare, sulla base di quanto è previsto nel Decreto Legislativo del 23 febbraio 2006, n. 109²⁵⁷, in due casi: quando emetta una sentenza (o un'ordinanza, o un decreto, laddove la legge lo preveda)²⁵⁸ priva del tutto di motivazione, e quando motivi la sentenza con la sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge, senza indicare gli elementi fattuali da cui tale sussistenza risulti, ossia nel caso di motivazione apparente.

Per motivazione apparente deve intendersi quella motivazione che si risolve nella semplice postulazione della ricorrenza delle condizioni volute dalla legge per l'adozione di quel provvedimento, senza alcuna associazione alle circostanze

²⁵⁵ Evangelista S., *op.cit.*, 165 ss.

²⁵⁶ Taruffo M., *op.ult.cit.*

²⁵⁷ Esso enuncia la "Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 25 luglio 2005, n. 150", che sanziona²⁵⁷ quale illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza l'indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge.

²⁵⁸ Di Iasi C., *op. cit.*

concrete²⁵⁹; si tratta del caso di un provvedimento puramente astratto, che potrebbe valere in ogni caso di operatività della norma applicata, totalmente avulso dal raffronto con la realtà processuale e dall'esame del materiale raccolto in giudizio.

L'ipotesi della motivazione apparente è forse quella con maggiore frequenza statistica, dato che²⁶⁰ è spesso a stretto confine con la motivazione "insufficiente", possedendone ampie caratteristiche comuni: la concatenazione sillogistica o argomentativa pura, in termini di esposizione e sviluppo di premesse minori e maggiori, formalmente sussiste, ma è manifestamente inidonea a dare conto delle conclusioni, rispetto alle quali manca il nesso di consequenzialità necessaria, senza bisogno di valutazioni sui parametri impiegati: è il caso delle motivazioni apodittiche o tautologiche, ma anche di quelle prive di qualsiasi effettiva giustificazione²⁶¹.

Alla fattispecie in esame dovrebbe ricondursi pure quella del giudice che si limiti a richiamare principi giurisprudenziali acquisiti, senza formulare tuttavia alcuna specifica valutazione sui fatti rilevanti in causa e, dunque, senza ricostruire la fattispecie concreta ai fini della sussunzione in quella astratta²⁶².

Apparente è definita anche la motivazione che si limiti a un mero insieme di grafemi privi di riferimenti alla fattispecie, inidonei, dunque, a dar conto di una sua disamina; resta peraltro *quaestio facti* l'affermazione di un fatto notorio o di una massima di comune esperienza e, pertanto, la contestazione dell'uno o dell'altra, salvo che non abbia costituito oggetto di discussione tra le parti, può essere utilmente esperita solo con il rimedio della revocazione per errore di fatto, se ne ricorrono naturalmente tutti i presupposti²⁶³.

²⁵⁹ Natoli G., *Sentenza e struttura della motivazione, relazione tenuta nell'ambito dell'incontro di studio interdisciplinare su: "I modelli di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali: giudicare, motivare, comunicare"*, Palermo, 2007.

²⁶⁰ Sassani B., *La logica del giudice e la sua scomparsa in Cassazione*, in *Judicium.it*, 2013.

²⁶¹ F. De Stefano, *op.cit.*

²⁶² Cass, 30 ottobre 2015, n. 22242.

²⁶³ Cass, 18 maggio 2007, n. 11643; cfr. anche De Stefano F., *Revocazione e opposizione di terzo*, Milano 2013, 173 ss.

II.6 LA MOTIVAZIONE CONTRADDITTORIA E QUELLA INSUFFICIENTE

Il vizio di contraddittoria motivazione – che deve essere intrinseco alla sentenza e non può essere riferito a parametri valutativi esterni – presuppone invece che nel procedimento logico-giuridico posto a base della decisione adottata, le ragioni poste a fondamento della decisione siano sostanzialmente contrastanti e tali da elidersi a vicenda, e da non consentire l'individuazione della ratio decidendi²⁶⁴.

Non si versa, quindi, in un'ipotesi di contraddittorietà della motivazione quando il giudice prenda in considerazione due ipotesi antitetich e contrastanti, ponendole alternativamente a base dell'assunta decisione, ciascuna di per se sufficiente a sorreggere la decisione adottata²⁶⁵.

Non rileverà, invero, il solo contrasto tra segmenti logici della motivazione ed elementi o dati a essa esterni, recuperati da provvedimenti istruttori o dal contenuto della consulenza tecnica d'ufficio²⁶⁶; nè rileverà il vizio che non sia intrinseco alla sentenza, ma sia allegato come risultante dalla diversa prospettazione adottata dal ricorrente.

L'adozione, da parte del giudice del merito, di due argomentazioni per fondare la sua decisione non costituisce di per se vizio di contraddittoria motivazione, ove ciascuna di tali argomentazioni sia da sola idonea a giustificare la pronuncia. Inoltre, come già rilevato, nell'ipotesi di insanabile contrasto tra motivazione e dispositivo, non si ha un mero vizio di motivazione, bensì un vizio di nullità della sentenza²⁶⁷ - per inidoneità a consentire l'individuazione del concreto comando giudiziale - deducibile ex art. 360, n. 4, senza che sia consentito ravvisare la statuizione del giudice attraverso una valutazione di prevalenza di una delle contrastanti affermazioni contenute nella sentenza, nè che sia data la possibilità del ricorso all'interpretazione complessiva della decisione onde appurarne il significato, e neppure di utilizzare il procedimento di correzione ex artt. 287-288²⁶⁸.

²⁶⁴ Cass. 17 marzo 2000, n. 3099.

²⁶⁵ Cass. 14 febbraio 2000, n. 1605.

²⁶⁶ Cass. 15 luglio 2003, n. 11056.

²⁶⁷ Scarselli G., *Per l'affermazione del principio di autosufficienza della sentenza*, in *Judicium.it*.

²⁶⁸ Cass. 27 gennaio 2006, n. 1729.

Appare quindi evidente come la triade dei vizi motivatori non dia luogo a ipotesi che siano nettamente distinguibili l'una dall'altra, e così appare frutto di un eccessivo formalismo la tesi per cui la denuncia di omessa motivazione, formulata assieme a quella di motivazione insufficiente o contraddittoria, è affetta da insanabile contrasto logico, non potendo il primo di tali vizi, per definizione, coesistere con gli altri²⁶⁹.

Quanto, invece, alla motivazione insufficiente, essa sussiste allorchè la sentenza mostri, nel suo insieme, un'evidente mancanza del criterio logico che ha condotto il giudice del merito alla formazione del proprio convincimento, ossia quando la sentenza impugnata manifesti illogicità tali da attribuire agli elementi di giudizio un significato che si discosta dal senso comune, ovvero non indichi gli elementi dai quali il giudice ha tratto il proprio convincimento, così da non consentire l'identificazione del criterio posto a base della decisione²⁷⁰. Ed invero, pur se la sufficienza e la razionalità della motivazione implicano un raffronto fra le ragioni del decidere, le tesi prospettate e le risultanze probatorie, non è necessario (ora più che mai) che il giudice compia un esame dettagliato e una confutazione di tutte le questioni sollevate, come di tutti gli argomenti logici e giuridici adottati dalle parti per sostenere le loro domande ed eccezioni, nè che egli effettui una precisa esposizione di tutte le singole fonti di prova e del loro specifico peso probatorio²⁷¹.

È dunque insufficiente la motivazione quando il giudice di merito non solo omette di indicare gli elementi da cui ha desunto il suo convincimento ma anche quando, pur individuando tali elementi, non procede a una loro approfondita disamina logico-giuridica²⁷², tale da lasciar trasparire il percorso argomentativo seguito.

Il giudice pertanto assolve a tale requisito semplicemente dando conto, nella motivazione, di aver preso in considerazione le argomentazioni delle parti,²⁷³ senza dover confutare ogni singola questione sollevata, non essendo tenuto ad un'analisi specifica di tutte le prospettazioni delle parti stesse.²⁷⁴

²⁶⁹ Cass. 26 gennaio 2004, n. 1317.

²⁷⁰ Acierno M., *La privazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 463 ss.

²⁷¹ Cass. 21 maggio 2007, n. 11673; in dottrina cfr. Satta S., *op.cit.*, I.

²⁷² Bove M., *op.cit.*

²⁷³ Evangelista S., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 160 ss.

²⁷⁴ Cass. 21 luglio 2006, n. 16762.

Inoltre, il giudice non può, quando esamina i fatti di prova, limitarsi ad enunciare il giudizio nel quale consiste la sua valutazione, perchè questo è il solo contenuto "statico" della complessa dichiarazione motivazionale, ma deve impegnarsi anche nella descrizione del processo cognitivo attraverso il quale è passato dalla sua situazione di iniziale ignoranza dei fatti alla situazione finale costituita dal giudizio, che rappresenta il necessario contenuto "dinamico" della dichiarazione stessa.

Per ciò che attiene alle risultanze probatorie, invece, sarà sufficiente per il giudicante indicare le fonti del suo convincimento, in modo tale da rendere palese il procedimento logico-valutativo seguito²⁷⁵.

II.7 LE RAGIONI DEL PASSAGGIO ALLA NUOVA VERSIONE E IL CONCORDE ORIENTAMENTO DELLA DOTTRINA

Come è stato messo in luce nel paragrafo precedente, la Corte di cassazione è l'organo di vertice che, dato il suo compito primario di nomofilachia, si occupa solo di motivi di impugnazione con i quali si lamenta la violazione o la falsa applicazione di una norma di diritto²⁷⁶, potendo essa occuparsi della soluzione data dal giudice

²⁷⁵ Acierno M., *op.cit.*

²⁷⁶ Ai fini del ricorso in cassazione è norma di diritto, non solo norma di legge, ma più precisamente ogni criterio di qualificazione necessario per il giudice in quanto tratto dal sistema delle fonti del diritto o comunque delle regole da questo riconosciute, purché abbia una sufficiente portata sociale. Il legislatore, sulla base di questo concetto, anche se solo nel 2006, ha riconosciuto esplicitamente che il ricorso in cassazione possa fondarsi pure sulla violazione di contratti o accordi collettivi nazionali. Sul punto vedi, Bove, *Il sindacato della corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993, 176 ss. Per una impostazione più tradizionale, di stampo logico-concettuale, vedi la monografia di Calamandrei,

inferiore alla *questio facti* solo indirettamente, ossia per mezzo del controllo in ordine al difetto di motivazione o vizio logico²⁷⁷. A quest'ultimo fine, la chiave di accesso alla Suprema Corte è stato, in buona sostanza, dall'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1942, il motivo formulato nel n. 5 dell'art. 360, che nella sua ultima versione prima del recente Decreto Sviluppo del 2012, aveva il contenuto ben diverso che ormai conosciamo.

Con la modifica citata, è stata altresì esclusa la possibilità di utilizzare il predetto motivo di ricorso qualora in appello sia stato confermato il giudizio di fatto formulato in primo grado, sia che tale conferma emerga dalla dichiarazione di inammissibilità dell'appello, a causa del rilievo che questo non aveva alcuna ragionevole possibilità di essere accolto²⁷⁸ (rilievo a sua volta fondato sulle stesse ragioni inerenti alle questioni di fatto poste a base della decisione impugnata), sia che ciò risulti dal rigetto dell'appello che in ogni caso conferma la decisione di primo grado sempre in riferimento alle stesse ragioni in fatto²⁷⁹.

Appare alquanto singolare che, con la versione del 2012, il legislatore sia tornato a quella del codice di rito del 1942, ed è altrettanto singolare notare come la volontà di ridurre il sindacato della Corte di cassazione in ordine alla *quaestio facti* sia rimasta del tutto immutata, come, evidentemente, immutati sono rimasti i modi per mezzo dei quali affrontare il problema, in un incessante e ripetitivo moto di corsi e ricorsi storici²⁸⁰.

Nella analisi di ciò che il legislatore ha voluto introdurre con la predetta riforma, è necessario iniziare dai lavori parlamentari, e più in particolare dalla relazione che ha accompagnato l'approvazione del decreto legge n. 83 del 22 giugno 2012.

La cassazione civile, II, Milano Torino Roma, 1920, 280 ss., il cui pensiero è stato poi seguito praticamente da tutta la dottrina italiana successiva.

²⁷⁷ Bove M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul "nuovo" art. 360 n. 5*, in *Gius. proc. civ.*, 2012, 679.

²⁷⁸ Siamo dunque in presenza di un'altra novità importante del decreto in parola, il quale inserisce nel codice di rito gli art. 348-*bis* e 348-*ter*, in cui si disciplina appunto il filtro di ammissibilità nel giudizio di appello.

²⁷⁹ Detto in termini più semplici, se sulla *quaestio facti* si ha una doppia conforme, nel senso che il giudizio di primo grado è confermata dal giudizio di secondo grado, non è possibile fondare il ricorso per cassazione sull'art. 360 n. 5.

²⁸⁰ Bove M., *op.cit.*, 680.

È stato osservato che, poiché l'inefficienza della giustizia civile e in particolare del sistema delle impugnazioni costituiva uno dei maggiori ostacoli allo sviluppo dell'attività economica del nostro Paese, questa esigenza imponeva l'introduzione di rilevanti innovazioni nella disciplina dei giudizi di appello e di cassazione nel settore civile, per aggredire "snodi problematici operativi che hanno dimostrato di costituire un freno al dispiegarsi efficiente e funzionale dell'iniziativa economica tesa allo sviluppo del paese"²⁸¹. L'efficienza della giustizia è quindi vista come un elemento essenziale per pervenire a una durata ragionevole dei processi in funzione delle prevalenti esigenze dell'economia. Le istanze economiche, pertanto, precedono quelle della tutela del diritto: il governo si è fatto forte di statistiche che hanno evidenziato come il 68% delle pronunce di primo grado siano confermate in appello, denotando pertanto un numero troppo elevato di appelli (privi di fondamento) che procrastinano la conclusione dei processi²⁸².

L'opinione della dottrina a tale riguardo si è concretizzata in un parere dell'Associazione Italiana degli studiosi del processo civile del 27 giugno 2012, reso pubblico nel luglio del 2012.

In questo documento si prospetta, da un lato, il rischio di gravi ingiustizie per il "filtro in appello"²⁸³, che consente di rigettare l'impugnazione con un accertamento sommario e con una motivazione succinta, e dall'altro il rischio di amputazione del motivo di ricorso per cassazione ai sensi del n. 5. Più precisamente, nel parere si censura²⁸⁴: a) la soluzione del ricorso limitato per cassazione contro le sentenze di primo grado che il giudice di appello abbia ritenuto difficilmente riformabili; b) il

²⁸¹ Grossi D., *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni*, in *Judicium.it*, 7 ss.

²⁸² Consolo C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed., Padova, 2012, 2-9. La lettura dei dati è, ovviamente, ambivalente. Si può, pertanto, pensare che se ben il 32% delle sentenze dei giudici di primo grado vengono riformate vuol dire che vi è un numero molto elevato di sentenze ingiuste in sentenze dei giudici di primo grado che non sono impugnate in relazione alle quali gli interessati, a prescindere dalla loro giustizia, compiono la scelta di non introdurre l'appello. D'altro canto, l'incremento dell'importo dei contributi unificati per i giudizi di impugnazione, oltre che favorire le finanze dello Stato, si muove proprio nella direzione, non esplicitamente dichiarata, di disincentivare la proposizione delle impugnazioni accettando l'esito del giudizio di primo grado.

²⁸³ Romano A., *Ammissibilità del ricorso per cassazione dopo le riforme del 2012 - recenti rigori in punto di ammissibilità del ricorso per cassazione dopo le riforme del 2012*, in *Giur. It.*, 2016, I, 79 ss.

²⁸⁴ Grossi D., *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni*, in *Judicium.it*, 9.

meccanismo dell'introduzione di sempre nuovi e complessi "filtri"; c) l'aumento dei costi per l'accesso alla giustizia dopo il primo grado, con il pagamento di contributi unificati spesso molto elevati; d) la diminuzione delle garanzie, per il cittadino, di ottenere una sentenza giusta, considerato che la decisione di primo grado è sempre pressochè monocratica e condotta sulle base di procedimenti, come quello sommario, nei quali la struttura dell'attività istruttoria è incerta e ampiamente rimessa alla discrezionalità del giudice; e) la prospettiva di un aggravio dei carichi pendenti dinanzi alla Corte Suprema, per la possibilità di proporre alla Corte di cassazione le impugnazioni delle sentenze dei giudici di primo grado e quelle riguardanti gli appelli dichiarati inammissibili.

La dottrina quasi unanime è orientata verso l'idea²⁸⁵ che la nuova formula del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. finisca per rappresentare una restrizione della tutela della parte, che nella vecchia disciplina, invece, godeva di una maggiore garanzia per il controllo di legalità del ragionamento del giudice. Ma forse, come si è detto, è proprio una restrizione di questo genere che il legislatore voleva, nell'intenzione di usarla come freno all'eccessiva moltiplicazione dei ricorsi in Cassazione²⁸⁶. Ciò costituisce peraltro anche la dimostrazione del fallimento dell'art. 360-*bis*, che, come filtro, non pare avere fino a questo momento adeguatamente funzionato²⁸⁷.

Tutto ciò considerato è utile anche per sollevare un'ultima questione, più specifica, presa in esame da alcuni noti Autori del nostro panorama giuridico; è stata dedicata, infatti, con riferimento al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., un'attenzione particolare da parte della dottrina al senso da attribuire alla nozione di "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio", la quale non ha lasciato del tutto privo di considerazione il riferimento alla condizione che il fatto giudizialmente omesso sia stato "oggetto di discussione fra le parti"²⁸⁸.

²⁸⁵ Ricci G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 159 e 186.

²⁸⁶ Grossi D., *op.cit.*, 77 ss.

²⁸⁷ Grossi D., *op.cit.*

²⁸⁸ Tiscini R., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio L. P., Consolo C., Sassani B., Vaccarella R., Torino, 2013, 548 ss., a giudizio della quale la sostituzione nel testo ora vigente dell'espressione "fatto controverso" con l'espressione "oggetto di discussione tra le parti", non muta la sostanza delle cose, imponendo la natura di fatto controverso già sotto il vigore della abrogata disciplina di "dare valore al comportamento processuale delle parti ed al contempo di distinguere il motivo del n. 5 dall'errore di fatto revocatorio".

A tale proposito, si registra la voce perplessa di Taruffo, che, nell'ambito di uno studio finalizzato principalmente a valutare l'impatto che la riforma può avere avuto sull'istituto di garanzia della motivazione, lascia aperta la questione "se vi sia o no motivo di ricorso quando il giudice ha ommesso di considerare un fatto decisivo che non è stato oggetto di discussione tra le parti per la banale ragione che non è stato contestato", di conseguenza chiedendosi l'Autore "se la discussione tra le parti di cui dice la norma equivalga alla contestazione del fatto o abbia una portata più ampia"²⁸⁹; analoghe perplessità sono state manifestate anche da Piccininni²⁹⁰.

Una posizione ottimistica sull'impiego dell'espressione sopra citata è, invece, quella di Ricci, che, in linea con l'opinione di chi ritiene che il mutamento di terminologia intervenuto con il passaggio dalla formula del 2006 a quella del 2012 risulta indifferente "dal punto di vista concettuale", puntualizza che "l'omissione, per poter rilevare, deve riguardare un fatto che ha costituito la ragione del contendere e non un fatto che le parti hanno dato per pacifico". Se ciò che si voleva escludere era la censura circa l'omessa considerazione, da parte del giudice, di un fatto dato per pacifico, non vi era formula migliore che quella di dire che su di esso non c'era stata discussione tra le parti²⁹¹.

II.8 L'OMESSO ESAME CIRCA UN FATTO DECISIVO CHE È STATO OGGETTO DI DISCUSSIONE TRA LE PARTI" NELLA SUA NUOVA VESTE

²⁸⁹ Taruffo M., *Addio alla motivazione?* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 375 ss., spec. 382.

²⁹⁰ Secondo l'autore, *op. cit.*, 413 ss., per un verso "la norma sembra alludere alla circostanza che il fatto stesso sia stato controverso", lasciando emergere però così, per altro verso, l'esigenza di non includere anche il fatto pacifico ommesso fra quelli il cui mancato esame sia censurabile. Ne deriva la perplessa proposta di un "plausibile", "diversa interpretazione", per sostenersi che, ai fini in questione, "oggetto di discussione tra le parti non sia squisitamente il fatto, bensì il punto, il tema sollevato dietro la sua allegazione".

Al fine di apprezzare appieno la portata della riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c., è opportuno preliminarmente ricordare che gli altri motivi di ricorso (nn. 1-4) sono rimasti invariati²⁹².

Il quinto motivo di ricorso in cassazione, nella sua nuova versione, consente di denunciare “l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”.

È, però, questione non agevole stabilire quale sia il significato intrinseco di questo motivo di ricorso, alla cui soluzione non basta purtroppo l'esperienza applicativa maturata sotto il vigore del testo originario della disposizione, troppo breve per consentire la formazione di orientamenti consolidati²⁹³.

Innanzitutto deve rilevarsi che la norma non fa più menzione della nozione di “motivazione” della sentenza impugnata, ma si riferisce direttamente solo al “fatto”, con ciò alimentando la discussione in dottrina se la nozione di fatto (e del suo accertamento) sia o meno entrata direttamente nel giudizio di legittimità²⁹⁴.

Una parte della dottrina ha osservato che l'eliminazione del riferimento esplicito alla “motivazione” della sentenza come oggetto del controllo della Corte abbia un valore «più simbolico che pratico»²⁹⁵, tanto da non rilevare alcuna differenza tra “omessa motivazione” e “omesso esame”²⁹⁶. Questa conclusione ha trovato il suo fondamento su un argomento logico e su uno più strettamente giuridico-letterale: sotto il primo profilo, sembra evidente che l'accertamento dell'esistenza o meno di un fatto non può che passare attraverso il controllo della motivazione della decisione e dunque

²⁹¹ Ricci G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 199 ss.

²⁹² Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 484, che osserva come la brevità dell'esperienza applicativa protrattasi per appena un decennio (tra il 1940 e il 1950), non solo non consentì la formazione di orientamenti consolidati, ma neppure l'approfondimento di diversi problemi, tanto che di fatto in quegli anni proseguì la prassi anteriore formatasi sotto il vigore del codice del 1865. Sul punto v. anche Bove, *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione*, cit., 682 ss.

²⁹³ Sembra consolidata la convinzione che il fatto sia decisivo, ai fini in questione, quando il suo esame avrebbe potuto condurre la lite ad esiti diversi, ossia quando la sua esistenza o inesistenza condiziona la pronuncia: tra gli altri, Carratta A., *op.cit.*; Ricci G. F., *op.ult.cit.*, 183.

²⁹⁴ Lo evidenzia Di Iasi C., *Il vizio di motivazione*, cit., 1443.

²⁹⁵ Così Lombardo L., *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino, 2015, 164.

²⁹⁶ Di Iasi C., *op. cit.*, 1444, sottolinea che l'unica interpretazione verosimile è quella secondo cui il legislatore si sia riferito non all'esame del fatto bensì al solo mancato riscontro di esso nella

solo da essa si può cogliere la sua presenza²⁹⁷; sotto il secondo profilo, l'attuale formula, nel consentire di ricorrere per l'omesso esame "circa" (e non più, come nella versione del 1940, "di") un fatto decisivo e controverso, vuole significare che la mancata considerazione non deve essere circoscritta al fatto nella sua esistenza, ma deve riguardarne anche le conseguenze e i risvolti concreti²⁹⁸.

Un'altra parte della dottrina, al contrario, valorizzando la novità del tenore del nuovo n. 5, evidenzia che la norma sottrae alla Corte il potere di controllo motivazionale, dando al contempo rilievo all'omissione dell'esame di un fatto decisivo: in altre parole, la nuova disposizione recide il legame tra omesso esame e vizio di motivazione e investe la Corte di un «vero e proprio giudizio di fatto», chiamandola alla verifica della presenza dello stesso nel giudizio²⁹⁹.

Tale tesi, secondo alcuni, potrebbe avere l'effetto di collocare il nuovo n. 5 fuori dal sindacato sulla motivazione, facendolo diventare un vizio di giudizio in se stesso³⁰⁰.

È evidente che la scelta dell'una o dell'altra tesi produce effetti sul significato da attribuire al contenuto dell'art. 360, n. 5, c.p.c. con conseguenze rilevanti anche in relazione al nuovo istituto della c.d. "doppia conforme", introdotto nelle ipotesi previste dall'art. 348-ter, commi 4 e 5 c.p.c.³⁰¹. Orbene, l'interpretazione del nuovo articolo deve muovere dall'esame dei sintagmi contenuti nella sua formula: a) "omesso esame"; b) "circa un fatto decisivo per il giudizio"; c) "che è stato oggetto di discussione tra le parti": esaminiamoli nel dettaglio.

motivazione.

²⁹⁷ Lombardo L., *op. cit.*, 165; Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, II, cit., 567.

²⁹⁸ De Cristofaro M., *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l.n. 83/2012)*, cit., p. 1; Impagnatiello G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, cit., 7; Piccininni A., *I motivi di ricorso in cassazione dopo la modifica dell'art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 420. Critico sul conferire valore alla sostituzione della preposizione "circa" a quella "di" cfr. Didone M., *Note sull'appello inammissibile perché probabilmente infondato*, cit., p. 231, che evidenzia che potrebbe trattarsi di un "solecismo", termine ripreso dalla stessa Cass. sez. un., n. 8053 del 2014, su cui *infra*; Ricci G.F., *Il ricorso per cassazione*, cit., 193, ritiene che tale mutamento nel "circa" debba intendersi «tutto ciò che possa avere "relazione" [...] con il fatto e che andava tenuto presente per la retta percezione di quest'ultimo».

²⁹⁹ Sassani B., *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2015, 588.

³⁰⁰ Capponi, *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 secondo la Corte di cassazione*, in *judicium.it*, 2015, 12.

³⁰¹ Rasia C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2015, 281.

II.8.1 “OMESSO ESAME”

Per “omesso esame” si intende indubbiamente che il ragionamento decisorio del giudice ha trascurato di considerare “qualcosa” che avrebbe dovuto esaminare; da ciò si deduce che il sindacato della Corte di cassazione deve muovere comunque, come si è detto, dal controllo della motivazione della sentenza, laddove il ragionamento del giudice è reso manifesto³⁰². Risulta quindi pacifico che si debba discutere di un elemento fattuale e non di una questione di diritto (si parla espressamente di “fatto”) e che tale censura non debba confondersi con la più radicale “omessa pronuncia” su una domanda o su una eccezione, la quale dà luogo alla violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato *ex art.* 112 c.p.c. e quindi alla nullità della sentenza *ex art.* 360, n. 4, c.p.c.³⁰³.

Resta invece aperta la discussione sul significato da attribuire alla formula dell’“omesso esame”: parte della dottrina sostiene che l’omissione non debba intendersi solo in maniera strettamente formale e “grafica” (nel senso di radicale assenza del fatto nella sentenza o negli altri atti processuali), ma che tale difetto debba intendersi anche in senso sostanziale ed effettivo, nelle vesti della grave leggerezza e superficialità logica nella valutazione del fatto, tale da ritenere che la motivazione stessa non si sia in concreto realizzata³⁰⁴.

Il caso più comune di “omesso esame” è quello attinente all’*omessa valutazione di una prova (decisiva)*; ciò può attenersi tanto alla *mancata valutazione* di una prova risultante dagli atti (ad esempio la mancata valutazione del contenuto di un documento o di una testimonianza),³⁰⁵ quanto nel caso dell’omessa pronuncia su

³⁰² Cfr. Del Core U., *Osservazioni in tema di rapporti tra giudizio di cassazione e giudizio di rinvio*, in *Giust. Civ.*, 2013, 626, secondo il quale il vizio di omesso esame è un “vizio di motivazione”, dovendo leggersi la formula normativa come se dicesse “omessa motivazione circa un fatto rilevante”.

³⁰³ La distinzione con quest’ultima figura facilmente comprensibile si manifesta con più difficoltà quando una decisione sulla domanda sia stata presa, ma senza che dalla sentenza emergano alcune questioni che non siano state decise e neppure esaminate, ovvero che siano state esaminate e decise, ma di esse non vi sia un riscontro nella motivazione.

³⁰⁴ È evidente che tale tesi vuole recuperare nel concetto di omissione anche la contraddittoria motivazione. Così, Consolo, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio “svaporamento”*, *cit.*, 1140; Piccinini, *I motivi di ricorso*, *cit.*, 421.

³⁰⁵ Cass. 30 novembre 2011, n. 25592 e Cass. 4 maggio 2012, n. 6787, in *Rep. Giust. civ.*, 2012, voce “Cassazione Civile” n. 113 e 123. In questo senso sembra anche Saletti, *Il controllo della motivazione*

di una prova (ad esempio, la mancata pronuncia sull'istanza di esibizione) il cui espletamento avrebbe potuto modificare l'esito del giudizio³⁰⁶.

In tal senso, il nuovo testo del n. 5 si ricollega direttamente alle esperienze della Cassazione in base alle quali, pur nella vigenza della vecchia disciplina, la Corte riteneva possibile sindacare *sub specie* del vizio di motivazione la mancata valutazione o la mancata pronuncia sulla richiesta di ammissione di una prova.

La censura in esame potrebbe invocarsi anche nel caso della mancata valutazione di un *fatto notorio decisivo*, nell'erronea convinzione che esso non fosse tale e che quindi dovesse essere provato³⁰⁷.

Ancora, il vizio potrebbe ricorrere nel caso di un *fatto non contestato*, non considerato dal giudice in violazione dell'art. 115 c.p.c.³⁰⁸; a tale proposito, deve essere notato che la censura è posta non solo nel caso dell'omessa valutazione di

della sentenza nel giudizio di cassazione italiano dal 1865 ad oggi, cit., 982, secondo il quale anche le istanze istruttorie possono venire in gioco ai fini dell'esistenza del vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., In relazione alla potenzialità della prova a dimostrazione dell'esistenza del fatto decisivo la cui valutazione è stata omessa. in senso analogo con Forti, *I processi civili in cassazione*, a cura di Didone e De Santis, *cit.*, 632, che considera censurabile in cassazione, tanto la mancata ammissione di un mezzo di prova, quanto la sua mancata valutazione, purché si tratti di circostanze decisive e la doglianza venga messa al passo con il principio di autosufficienza. La possibilità di prendere in esame gli atti del processo sembra esclusa da Didone, in *I processi civili in cassazione*, a cura di Didone e De Santis, *cit.*, 458, che anche nella nuova normativa sembra consentire l'esame dell'omissione del fatto decisivo, solo se ciò risulta dal testo del provvedimento impugnato. Giova però rilevare che in senso contrario si è pronunciata Cass. 25 luglio 2018, n. 19779, che espressamente afferma che l'omissione è denunciabile per cassazione sia che risulti dal testo della sentenza, sia che risulti dagli atti processuali. Ne consegue che la tesi dell'autore può sostenersi solo se interpretata nel senso che, attraverso la lettura del testo della decisione la parte si renda conto che è stato messo l'esame di un fatto decisivo risultante dagli atti del processo, cosicché il testo della sentenza dovrebbe costituire esclusivamente la "spia" della circostanza che il fatto determinante non è stato considerato. Il che quindi deve comportare che il ricorso si debba fondare sull'individuazione dell'atto processuale da cui emerge il fatto trascurato. Solo in questi termini può essere sostenibile affermare che il vizio deve risultare dal testo della sentenza. In diverse parole non sarebbe consentito ricorrere richiedendo alla Corte di rivalutare gli atti del processo sul presupposto che sia stato messo un fatto decisivo, se tale omissione non risulta dal testo della pronuncia.

³⁰⁶ Cass. 29 settembre 2004, n. 19521.

³⁰⁷ Ricci G. F., *Intervento tenuto all'incontro di Firenze del 12 aprile 2013 su la novità in tema di impugnazioni*, ora nei quaderni dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, 2014, Bologna, 228 ss. Così come può essere denunciata l'omessa valutazione di un fatto notorio, è da ritenersi che valga anche il principio opposto, allorché è stato assunto come fatto notorio un fatto che non lo era, essendo consentito in questo caso il giudice di legittimità di ripercorrere lo stesso processo cognitivo dello stato di conoscenza collettiva operato dal giudice di merito

³⁰⁸ Ricci G. F., *op.ult.cit.* Anche Lombardo, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione, cit.*, 179, afferma che con la nuova formula del n. 5, il legislatore ha inteso superare la concezione "formale" del vizio di motivazione orientandosi verso una concezione "sostanziale" dello stesso.

un fatto decisivo, ma anche nel caso opposto, in cui il giudice abbia posto a base della pronuncia un fatto inesistente, la cui considerazione ha cambiato l'esito del giudizio. Anche questa ipotesi rientra nella lettera del n. 5 dell'art. 360, in quanto il dare per vero un fatto inesistente costituisce pur sempre l'omesso esame di una circostanza decisiva, quella cioè per cui il fatto non esisteva e quindi non doveva essere considerato³⁰⁹.

II.8.2 "FATTO DECISIVO"

La legge richiede che l'omesso esame si riferisca a un "fatto decisivo" per il giudizio: con l'uso del termine "fatto", si intende il riferimento a un fatto empirico, storico, a un elemento fattuale che assume rilevanza per il giudizio; il suo carattere "decisivo" rimanda poi alla sua incidenza sul *decisum*: è decisivo il fatto che,³¹⁰ qualora fosse stato considerato dal giudice, avrebbe certamente (e senza margini di opinabilità) determinato una diversa decisione della causa.

Il fatto "decisivo" può essere anzitutto costituito da un fatto giuridico (c.d. fatto principale), ossia da un fatto costitutivo, impeditivo, modificativo o estintivo del diritto fatto valere in giudizio³¹¹; tuttavia, "decisivo" può risultare anche un fatto

³⁰⁹ La situazione è analoga a quella in cui il giudice abbia posto a fondamento della decisione un fatto risultante da una prova inammissibile. In tali ipotesi si potrebbe pensare, infatti, ad una inesistenza giuridica del fatto, in quanto lo stesso cade sotto i sensi del giudice attraverso uno strumento probatorio che non poteva essere utilizzato e quindi è come se il fatto non esistesse; e come ben si sa, nel caso che il fatto decisivo risulti da una prova in ammissibile, alla parte sempre concesso il rimedio di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c.

³¹⁰ In questo senso Didone A., *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica del e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giust.proc.civ.*, 2013, 643, che richiama Cass., sez. I, 15 luglio 1946, n. 864.

³¹¹ Fazzalari E., *Il giudizio civile di cassazione, cit.*, 88. In giurisprudenza, tra le tante, Cass. 7 dicembre 2004, n. 22979, in *Rep. Foro.it.*, 2004, voce *Cassazione civile*, n. 134.

secondario (indizio), ossia un fatto che, pur essendo privo di rilevanza giuridica, risulti però decisivo per l'accertamento del fatto principale³¹².

La Corte dovrà, dunque, verificare la decisività del fatto, solo alla luce della ricostruzione risultante dalla sentenza; in caso contrario, l'accertamento della decisività presupporrebbe il riesame dell'intero materiale probatorio a disposizione del giudice di merito, operazione questa vietata ai giudici di legittimità³¹³.

Il “fatto decisivo per il giudizio”, cui si riferisce l'art 360 n. 5 c.p.c., sarà costituito non dall'intero fatto principale, ma da un elemento che compone un fatto storico complesso dedotto dalle parti come fatto principale, ovvero da un fatto principale posto a base di un'eccezione rilevabile d'ufficio, o da un fatto secondario incompatibile con l'esistenza del fatto principale³¹⁴.

Il carattere empirico del fatto, richiamato dalla citata disposizione, comporta che l'omesso esame circa un fatto decisivo non possa ricondursi all'omessa valutazione di una prova circa un fatto decisivo per il giudizio³¹⁵.

Ma sotto quali profili deve essere sindacabile il fatto?

A tale proposito, va dato atto di come in dottrina³¹⁶, sin da subito, siano emerse tesi secondo le quali la modifica normativa ha causato una vera e propria restrizione della possibilità di sindacare tutte le ipotesi in cui il fatto può essere esaminato, comprese le ragioni che un tempo potevano fondare un sindacato di

³¹² Così in dottrina, tra i tanti, Taruffo M., *La motivazione della sentenza civile*, cit., 533; ID., voce *Motivazione della sentenza civile*, cit., 783; Carratta A., *La riforma del giudizio di cassazione*, cit., 1128; Poli M., *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, cit., 12. Anche la giurisprudenza, formata sotto il vigore del precedente testo del n. 5 dell'art. 360, ha costantemente affermato che il fatto decisivo, rispetto al quale può aversi vizio di motivazione, può consistere in qualsiasi circostanza fattuale acquisita alla causa tramite una prova, ossia in qualsiasi elemento di prova, purché dotato del carattere di “decisività”.

³¹³ Balena G., *Istituzioni di diritto processuale*, II, cit., 435.

³¹⁴ Poli R., *Le riforme del quadriennio 2010-2013* a cura di Punzi C., Torino, 2013, 204.

³¹⁵ De Cristofaro C., *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima riforma urgente*, p. 1, che perviene a tale conclusione considerando che la formula del nuovo n. 5 consente di ricorrere per cassazione per omesso esame “circa” e non “di” un fatto decisivo per il giudizio, con ciò sembrando voler dire che l'omesso esame deve riguardare non il fatto decisivo in sé, ma una risultanza istruttoria determinante per il giudizio sull'esistenza o inesistenza del *factum probandum*.

³¹⁶ V. Tiscini, *Sub art. 360 c.p.c.*, in Consolo, Sassani, Vaccarella, *Commentario del codice di procedura civile*, IV, cit., 592.

insufficienza o di contraddittoria motivazione, e che oggi appaiono invece sottratte alla sfera di sindacato della Corte³¹⁷.

Dall'altra parte, sono state introdotte tesi riduzioniste che, invocando da un lato il dato storico e dall'altro affidandosi ad argomentazioni teoriche, hanno sostenuto che la modifica non era destinata a produrre effetti sulla prassi esistente³¹⁸.

Queste tesi hanno, di fatto, continuato a prospettare il sindacato sulla sufficienza e sulla razionalità della valutazione probatoria quale momento necessario del giudizio di legittimità³¹⁹.

Si sono così diffuse diverse opinioni che sostenevano che la nuova formulazione della norma in esame non privasse la Corte della possibilità di sindacare le regole logico-giuridiche di accertamento del fatto, a cominciare da quelle relative alla valutazione delle prove³²⁰, potendo così parlare di “omesso esame circa un fatto decisivo” anche nel caso di omessa considerazione di una risultanza istruttoria determinante per ritenere esistente o inesistente quel fatto decisivo.

Emergono tuttavia in proposito opinioni divergenti³²¹. La giurisprudenza è graniticamente assestata sul principio per cui il giudice di merito non è tenuto a esaminare nella motivazione della sentenza tutte le prove di possibile rilevanza acquisite nel corso del processo, ma può limitarsi a considerare solo quelle che supportano la sua decisione, dovendo reputarsi per implicito disattese tutte le prove contrarie che, se pur non esaminate, risultano incompatibili con la soluzione adottata³²².

³¹⁷ Nel testo previgente, il vizio motivazionale doveva consistere nella censura che il ricorrente muoveva nei confronti della modalità di risoluzione del fatto e precisamente dei presupposti e dello svolgimento dell'iter logico-giuridico che il giudice di merito aveva posto a fondamento della decisione, al fine di consentire alla Corte di esercitare un controllo non già sul fatto e sul materiale di causa acquisito, bensì sul ragionamento che risultava dalla motivazione della sentenza che aveva portato il giudice alla decisione. La Corte aveva il compito di riscontrare: a) eventuali omissioni su fatti decisivi per la soluzione della lite; b) la sufficienza della motivazione, da intendersi nel senso che il procedimento logico usato dal giudice non doveva presentare vizi nell'indicazione delle ragioni che avevano portato alla decisione; c) la non contraddittorietà della motivazione, in quanto la motivazione non doveva poggiare su ragioni tra loro contrastanti tali da non identificare il procedimento logico-giuridico utilizzato dal giudice.

³¹⁸ Bove M., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360, n. 5 c.p.c., cit.*, p. 2 ss.; Fornaciari M., *Ancora una riforma dell'art. 360, n. 5, c.p.c., cit.*, 2.

³¹⁹ Bove M., *Giudizio di fatto, cit.*, 6.

³²⁰ Cfr., per esempio, Liuzzi T., *Il ricorso in cassazione, cit.*, 15.

³²¹ Poli R., *op.cit.*, 207.

³²² Secondo Cass., sez III, 27 luglio 2006, n. 17145, voce *Sentenza civile*, n. 57, “la conformità della

In realtà, dovendo escludere che il legislatore, con la riforma dell'art. 360 n. 5, abbia voluto estendere il sindacato della Corte di cassazione laddove esso non si era mai spinto, l'omessa valutazione di una singola prova sul fatto decisivo va inquadrata nel motivo di ricorso di cui al n. 3 della stessa disposizione, quale violazione della norma metodologica di cui all'art. 116 c.p.c. Risulterà, infatti, violato³²³ il criterio della "prudenza" nella valutazione delle prove, per "illogicità manifesta", ogni volta che il ragionamento del giudice abbia omesso di considerare una prova decisiva, tale cioè che, ove fosse stata considerata, avrebbe invalidato con certezza le prove contrarie vertenti sullo stesso fatto, poste dal giudice a fondamento della sua decisione, e avrebbe determinato così una diversa conclusione *in facto*³²⁴.

L'omessa valutazione, dunque, di una singola prova circa un fatto decisivo, in quanto presuppone che il giudice abbia comunque considerato il fatto sulla base di altre prove acquisite e valutate, nulla ha a che fare con l'omesso esame dello stesso fatto decisivo su cui verte la prova,³²⁵ cui si riferisce il nuovo testo dell'art. 360 c.p.c. n.5.

Prestando particolare attenzione alle c.d. *prove libere*, il giudice, nel motivare la sua decisione in ordine a un fatto, giustifica le modalità con le quali ha esercitato il "prudente apprezzamento" indicato dall'art. 116 c.p.c., e nel fare ciò o valuta direttamente le fonti di prova o valuta i fatti secondari per formarsi il

sentenza al modello di cui all'art. 132 n. 4 c.p.c. e l'osservanza degli art. 115 e 116 c.p.c., non richiedono che il giudice di merito dia conto dell'esame di tutte le prove prodotte o comunque acquisite e di tutte le tesi prospettate dalle parti, essendo necessario e sufficiente che gli esponga concisamente gli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento della sua decisione ed offrendo una motivazione logica e adeguata, evidenziando le prove ritenute utili a confortarla, le tesi e i rilievi che, seppur non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e l'*iter* argomentativo seguito.

³²³ Secondo Cass., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5473, voce *Cassazione civile*, n. 171, "per potersi configurare il vizio di motivazione su un asserito punto decisivo della controversia, è necessario un rapporto di causalità fra la circostanza che si assume trascurata e la soluzione giuridica data alla controversia, tale da far ritenere che quella circostanza, se fosse stata considerata, avrebbe portato ad una diversa soluzione della vertenza. Pertanto, il mancato esame di elementi probatori, contrastanti con quelli posti a fondamento della pronuncia, costituisce il vizio dell'omesso esame di un punto decisivo solo se le risultanze processuali non esaminate siano tali da invalidare l'efficacia probatoria delle altre risultanze sulle quali il convincimento è fondato, onde la *ratio decidendi* venga a trovarsi priva di base."

³²⁴ Vittoria P., *La motivazione tra esigenza di celerità e giusto processo*, in *La Cassazione civile*, (a cura di) Aciermo M., Curzio P., Giusti A., Bari, 2011, 275 ss.

convincimento sui fatti principali; nell'uno e nell'altro caso, il giudice utilizza le c.d. "massime d'esperienza", ovvero le regole che si traggono dall'*id quod plerumque accidit*³²⁶.

A seguito della modifica del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., la dottrina si è chiesta se il cattivo uso che il giudice abbia fatto delle massime di esperienza nella valutazione di una prova libera o nella costruzione di una presunzione sia configurabile come una violazione di legge.

Vi è chi da un lato ritiene che tale "malgoverno" sia riconducibile alla violazione dell'art. 116, comma 1, c.p.c. (e dunque sindacabile *ex art. 360, n. 3*)³²⁷ e dall'altro vi è chi sostiene che esso sia sindacabile attraverso il nuovo n. 5 dell'art. 360, c.p.c., poiché la mancata considerazione di una regola di esperienza è pur sempre la conseguenza dell'omessa valutazione di una circostanza decisiva, cioè di un dato di fatto che fonda la regola di esperienza e che è censurabile se non è stato considerato dal giudice³²⁸.

Un secondo settore in cui si percepisce ancora la vicinanza con l'esame del fatto è quello delle c.d. "norme elastiche", espressione con la quale si fa riferimento a tutte quelle ipotesi ove il legislatore non descrive con precisione un elemento della fattispecie, ma lo individua facendo riferimento a una valutazione affidata al giudice (per esempio, buona fede, grave inadempimento, ecc.)³²⁹; anche in questi casi, qualora il giudice si distacchi dagli standard logici che presiedono

³²⁵ Didone A., *op.cit.*

³²⁶ Piccininni L., *I motivi di ricorso in cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 410 ss.

³²⁷ Secondo Bove M., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giust. proc. civ.*, 2, 2013, 441, «in questo campo tradizionalmente non si vuole che il giudice goda di una sorta di arbitrio, esigendosi piuttosto che la scelta tra più possibili (...) avvenga nell'ambito di un "recinto" costituito da norme di metodo che limitano quel prudente o libero convincimento». A favore dell'applicazione del n. 3 dell'art. 360, anche Lombardo, *op. cit.*, 167 ss., secondo cui il significato della riforma del n. 5 è quello di «evitare lo scivolamento» del sindacato della Cassazione verso il merito del giudizio di fatto; Santangeli, *Il controllo del giudizio di fatto in Cassazione e le sentenze delle Sezioni Unite*, in *Judicium.it*, 2015, p. 5 ss. ritiene sindacabili in Cassazione, sotto il profilo della violazione di legge (artt. 115-116 c.p.c.) tutti gli errori di metodo del giudice di merito (ma non quelli di merito commessi nel giudizio di fatto).

³²⁸ Ricci G.F., *Il ricorso per cassazione, cit.*, 191 ss.; Poli, *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche, cit.*, 284 ss.

³²⁹ In tema è fondamentale Fabiani E., *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, 2003, spec., 703 ss.

all'interpretazione di tali norme (il che in passato comportava il vizio di insufficienza o contraddittorietà motivazionale³³⁰), ci si chiede se la nuova norma possa abilitare il sindacato di legittimità sotto il n. 3 dell'art. 360³³¹, oppure continui a farlo rientrare ancora sotto il nuovo n. 5³³².

È dunque evidente che, qualunque soluzione si voglia scegliere, esse hanno tutte il comune intento di cercare di recuperare, o meglio, di mantenere, i risultati che sono stati raggiunti in circa sessant'anni di vigenza della precedente normativa, che modulava il difetto motivazionale all'interno dei parametri della omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione.

II.8.3 “OGGETTO DI DISCUSSIONE TRA LE PARTI”

Infine, il fatto di cui si è omesso l'esame deve essere stato “oggetto di discussione tra le parti” e dunque deve avere costituito l'oggetto della materia del contendere, pena la sua irrilevanza.

La legge richiede che il fatto, del cui omesso esame si tratti, non sia stato trascurato nel dibattito processuale, ma sia stato “controverso”: è necessario cioè che il fatto sia stato oggetto di contrapposte tesi delle parti circa la sua esistenza e

³³⁰ Cass., 26 giugno 2004, n. 11919, in *Rep. Giur. it.*, 2005, voce *Cassazione civile*, nn. 69 e 70, ove si assimilava il funzionamento delle norme c.d. “elastiche” a quello delle regole di esperienza, considerando entrambe censurabili ai sensi del previgente n. 5 dell'art. 360 c.p.c.

³³¹ Poli R., *op.cit.*, p. 204 poiché la norma elastica sostanziale è immediatamente e direttamente integrata dall'erronea scelta o applicazione della massima d'esperienza. Cfr. anche Verde, *Diritto processuale civile*, cit., 245.

³³² Secondo Ricci G.F., *op cit.*, 192, il non aver considerato il mutamento della realtà sociale (fondamentale per conferire il senso alla norma elastica) che avrebbe dovuto condurre ad una diversa interpretazione della norma elastica, costituisce un'omissione di un fatto che se preso in esame avrebbe cambiato l'esito della decisione. Nello stesso senso, Caponi, *Norme processuali “elastiche” e sindacato in cassazione*, cit.

sia stato posto da esse a fondamento (diretto o indiretto) delle rispettive pretese giuridiche³³³.

Tale valutazione del fatto vale a segnare la differenza tra l' "omesso esame circa un fatto decisivo" di cui all'art. 360 n. 5 e l' "errore di fatto" costituente motivo di revocazione ordinaria ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c., essendo quest'ultimo un errore che deve vertere su un fatto (attinente alla fattispecie sostanziale oggetto della lite o semplicemente al processo) che non sia stato controverso; l'errore revocatorio, d'altra parte, non è (come quello di cui all'art. 360 n. 5) un errore di giudizio, ma un errore di percezione³³⁴.

Il motivo di ricorso di cui al nuovo n. 5, riferendosi a un fatto che è "stato oggetto di discussione tra le parti" e non è stato considerato dal giudice, chiama la Corte a un controllo extratestuale della legittimità della sentenza impugnata,³³⁵ similmente a quanto da tempo previsto a seguito di un analogo intervento riformatore nel codice di rito penale: il sindacato della Corte non deve arrestarsi, perciò, al controllo della motivazione della pronuncia impugnata, ma deve considerare anche le risultanze degli atti processuali da essa trascurate³³⁶, sempre che siano state trascritte dal ricorrente in ossequio al c.d. "principio di autosufficienza" del ricorso.

Ciò conferma il fatto che il legislatore della novella ha ritenuto di superare la concezione "formale" della motivazione (cioè quella di una motivazione avulsa e

³³³ Secondo la Cassazione si può parlare di fatto decisivo per la pronuncia quando, se il fatto fosse stato tenuto presente, si sarebbe avuta con il giudizio di "verosimile certezza" l'invalidazione dell'efficacia delle risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito (Cass., 24 maggio 2012, n. 6787). In tal senso anche Cass., 30 novembre 2011, n. 25592.

³³⁴ Cass., sez. I, 26 settembre 2013, n. 22080, in C.E.D. Cass., n. 628210, secondo cui l'errore di fatto, quale motivo di revoca della sentenza, deve consistere in una falsa percezione del giudice di quanto emerge dagli atti sottoposti al suo giudizio, concretatasi in una svista materiale su circostanze decisive,

emergenti direttamente dagli atti con carattere di assoluta immediatezza e semplice e concreta rilevabilità, con esclusione di ogni apprezzamento in ordine alla valutazione in diritto delle risultanze processuali; ne consegue che il vizio con il quale si imputa alla sentenza un'errata valutazione delle prove raccolte è, di per sé, incompatibile con l'errore di fatto, essendo ascrivibile non già ad un errore di percezione ma ad un preteso errore di giudizio.

³³⁵ Comastri M.A., *Note sulla recente riforma della cassazione e dell'appello*, cit., 692 ss.

³³⁶ Come noto, l'art. 8 della l. 20 febbraio 2006 n.46 ha sostituito la lettera e) dell'art. 606 c.p.p., e prevedendo ora che il vizio di motivazione sia censurabile non più solo quando risulti "dal testo del provvedimento impugnato", ma anche quando risulti "da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame".

isolata dal materiale istruttorio) e ha adottato invece una concezione della motivazione in senso “sostanziale”,³³⁷ alla stregua della quale il ragionamento del giudice deve confrontarsi con tutti i dati processuali richiamati dal ricorrente, anche non trasfusi nella motivazione della sentenza.

Se, invece, il rilievo d’ufficio e la discussione tra le parti del fatto vengono compiuti, quest’ultimo diviene in ogni caso controverso.

Vale la pena, infine, precisare come il carattere “discusso” del fatto rafforzi la distinzione di tale vizio con l’errore di fatto costituente motivo di revocazione ordinaria ai sensi dell’art. 395 n. 4 c.p.c., essendo quest’ultimo un errore che deve vertere su un fatto che non sia stato un punto controverso (e dunque oggetto di discussione) sul quale la sentenza si è pronunciata, e che costituisce non un errore di giudizio ma di percezione³³⁸.

Orbene, alla stregua dell’esame della formula normativa appena condotto, si deve ritenere che il motivo di ricorso di cui al nuovo n. 5 dell’art. 360 c.p.c. prevede un “vizio logico” del ragionamento decisorio,³³⁹ un vizio che, come tutti i vizi logici relativi alla valutazione delle prove, discende dalla violazione del canone della “prudenza” prescritto dalla norma metodologica di cui all’art. 116 c.p.c., che impone al giudice di non trascurare di considerare elementi di fatto decisivi nella ricostruzione della fattispecie³⁴⁰.

Tale canone risulterà violato, con il conseguente vizio di “omesso esame circa un fatto decisivo”, quando, ad esempio, il giudice di merito abbia ritenuto insussistente il rapporto obbligatorio vantato dall’attore, rigettando la domanda senza esaminare una ricognizione di debito esistente agli atti, che era stata oggetto di discussione tra le parti; o quando abbia ritenuto sussistente il credito vantato dall’attore, condannando il convenuto a corrispondere la somma pretesa,

³³⁷ Su tale questione v. Santangeli F., *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Riv.dir.proc.*, 2012, 607 ss.

³³⁸ Panzarola A., *Sub artt. 348-ter-360 c.p.c.*, in Martino, Panzarola, *Commentario alle riforme del processo civile*, Torino, 2013, 696. Non è condivisibile dunque l’opinione di chi vede nel nuovo n. 5 una sorta di errore revocatorio *sui generis* (Galletto, “*Doppio filtro*” in appello, “*doppia conforme*” e danni collaterali, in *judicium.it*, 2012, p. 12).

³³⁹ Ricci G. F., *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, 267 ss.

³⁴⁰ Ricci G. F., *op.cit.*

senza esaminare la ricevuta esistente agli atti attestante l'avvenuto pagamento del debito, nonostante essa fosse stata presa in considerazione dalle parti³⁴¹.

Si tratta di quei *casi-limite*, indice di clamorosa negligenza del giudice, in cui la mancata considerazione di un dato elemento di fatto rende il ragionamento decisorio, che risulta dalla motivazione della sentenza, “manifestamente illogico”, privo di ogni plausibilità, inequivocabilmente in contrasto con il metodo del giudizio di fatto prescritto dall'art. 116 c.p.c. In tali casi, si è dunque in presenza di un *error iuris in iudicando in facto*, di una vera e propria “violazione di legge”, che esige l'annullamento della sentenza impugnata³⁴².

È stato sostenuto che l'incompleta ricostruzione di un fatto storico complesso costituisca un errore di sussunzione, una falsa applicazione della norma sostanziale³⁴³: tale opinione, però, non è condivisibile, in quanto è noto che la sussunzione del fatto nella fattispecie legale presuppone che esso sia stato previamente accertato dal giudice; pertanto, ove egli ricostruisca un fatto storico complesso omettendo di considerare uno o più elementi fattuali che lo compongono, non vi sarà falsa applicazione della norma se la fattispecie normativa prescelta sia comunque corrispondente al fatto, anche se erroneamente ricostruito³⁴⁴.

L'errore di sussunzione, infatti, deve essere valutato rispetto al fatto come ricostruito dal giudice, non rispetto al fatto come avrebbe dovuto essere ricostruito; esso, quindi, sussiste solo se la fattispecie astratta posta dalla norma applicata non corrisponda alla fattispecie fattuale ricostruita dal giudice³⁴⁵: per tali motivi, l'omessa considerazione di uno o più elementi di una fattispecie complessa non determina una falsa applicazione della norma, ma un *error in iudicando*³⁴⁶.

Diversamente opinando, sarebbe difficile spiegare la ragion d'essere del motivo di ricorso di cui al nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c., dal momento che l'omesso

³⁴¹ Luiso F.P., *Diritto processuale civile*, II., cit., 426, il quale riprende l'opinione di Calamandrei.

³⁴² Luiso F.P., *op.cit.*

³⁴³ Luiso F.P., *op.cit.*

³⁴⁴ Si veda sul tema, Poli R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2012, 351 ss.

³⁴⁵ Frasca R., *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito con modifiche nella l. n. 134 del 2012* in *Judicium.it*.

³⁴⁶ Panzarola A., *La cassazione civile giudice del merito*, II, Torino, 2005, 674 ss.

esame circa un fatto decisivo” sarebbe censurabile ai sensi dell’art. 360 n. 3 quale “falsa applicazione” della norma sostanziale³⁴⁷.

Sotto un altro e diverso profilo deve respingersi anche l’opinione secondo cui l’omesso esame riguarderebbe (grazie alla preposizione “circa” adottata dal legislatore) tutto ciò che concerne il fatto e, quindi, anche la mancata adozione di una data regola di esperienza utile a valutare una determinata prova³⁴⁸:

Questa interpretazione non può condividersi, in quanto la scelta di una data regola di esperienza, tra più regole realmente esistenti nella *communis opinio*, è riservata alla discrezionalità del giudice di merito ed è insindacabile in Cassazione, mentre l’assunzione, da parte del giudice, di una regola di esperienza falsa o inesistente è censurabile per violazione della norma metodologica di cui all’art. 116 c.p.c.³⁴⁹

Deve ugualmente respingersi l’opinione secondo cui l’omesso esame circa un fatto decisivo” includerebbe il vizio di “insufficienza” della motivazione, dato che, come si è detto, la motivazione insufficiente è stata ormai espunta, dal legislatore del 2012, dal campo dei vizi della sentenza censurabile in cassazione, non dando luogo ad errori di diritto³⁵⁰.

In definitiva, l’omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio” è un vizio logico derivante dalla violazione del metodo del “prudente apprezzamento” delle prove prescritto dall’art. 116 c.p.c.; è una *species* del più ampio *genus* del vizio di “manifesta illogicità” del ragionamento decisorio e, come tutte le violazioni delle norme metodologiche, si risolve in una “violazione di legge”.

³⁴⁷ Didone A., *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell’art. 360 n. 5 e sul tassello mancante del modello di Toulmin*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 631 ss.

³⁴⁸ Ricci G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 190 ss., analogamente, Impagnatiello, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 757.

³⁴⁹ In tal senso, Consolo, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile*, cit., 1140, per il quale la nuova formula dell’omesso esame del fatto” impiegata dal legislatore andrebbe “doverosamente compendiata con l’aggettivo insufficiente”, in modo da poter configurare l’omesso esame” non solo nell’ipotesi radicale di mancata menzione del fatto ma anche in quella di grave leggerezza e superficialità logica nella sua valutazione. Anche secondo Ricci G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 187 ss., l’insufficienza della motivazione può essere censurata ai sensi del nuovo testo del n.5, non più tuttavia come mezzo autonomo (come in passato), ma “come mezzo per arrivare a cogliere l’eventuale omissione di una circostanza decisiva”.

³⁵⁰ Verde, *In difesa dello jus litigatoris*, 3 ss., per l’osservazione che la motivazione insufficiente non configura il vizio di violazione di legge.

Tale vizio, tuttavia, non è sindacabile ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., ma solo per mezzo dell'apposito motivo di ricorso di cui al nuovo testo del n. 5 che ne sottrae l'inquadramento, altrimenti naturale, della censura di cui all'art. 360 n. 3³⁵¹.

In conclusione, la scelta del legislatore di contemplare separatamente il vizio di "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio" rispetto agli altri vizi logici va letta, al di là di quelle che possono essere state le reali intenzioni dei *conditores*, in rapporto all'istituto della c.d. "doppia conforme", che andremo ad analizzare più nel dettaglio.

II.9 L'IPOTESI DELLA "DOPPIA CONFORME"

Facendo nuovamente riferimento alla riforma del 2012, va evidenziato come lo scopo dell'intervento legislativo sia stato proprio quello di contenere i ricorsi e tutelare la funzione nomofilattica di cui all'art. 65 ord. giud., riducendo al minimo il sindacato giurisdizionale sulla motivazione³⁵²; ciò detto, è bene fare un richiamo all'art. 348-ter, il cui comma 4 stabilisce che "quando l'inammissibilità è fondata sulle stesse ragioni inerenti alle questioni di fatto poste a base della decisione impugnata, il ricorso per cassazione di cui al comma precedente può essere proposto esclusivamente per i motivi richiamati ai numeri 1), 2), 3), 4) del primo comma dell'articolo 360 c.p.c."

Il legislatore ritiene che, se sulle questioni di fatto poste alla base della sentenza due giudici di merito si sono pronunciati allo stesso modo, la decisione deve ritenersi corretta, per cui è superfluo consentire alle parti di denunciare e, conseguentemente, alla Suprema Corte di verificare l'eventuale omissione di

³⁵¹ Sassani, *Riflessioni sulla motivazione della sentenza*, cit., 12 ss.

³⁵² Panzarola A., sub art. 348-ter c.p.c. e art. 360 c.p.c., a cura di Panzarola A., Martino R., *commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 685 ss.

esame, nelle fasi di merito, in ordine ad un fatto decisivo ai fini della soluzione della causa³⁵³.

Si tratta di una fattispecie a carattere residuale, che giustifica, sul piano delle scelte di politica giudiziaria, l'esclusione della proponibilità di un'ulteriore impugnazione avverso la sentenza, sul presupposto: a) che un doppio giudizio conforme da parte dei giudici di merito (che sono i giudici più vicini al fatto) costituisce una sufficiente garanzia di giustizia della decisione e, una volta che il giudice di appello si sia pronunciato sul motivo di gravame relativo all'omesso esame di un fatto decisivo, tale omesso esame sia venuto meno³⁵⁴; b) che se, invece, il giudice di appello, essendo stata proposta dall'appellante apposita censura in ordine all'omesso esame di un fatto decisivo, non avesse esaminato il motivo di impugnazione e non si fosse pronunciato su di esso, non si sarebbe certo perfezionata la c.d. "doppia conforme", piuttosto ricorderebbe una violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., sindacabile, quale errore in procedendo ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c. in quanto determinante la nullità della sentenza³⁵⁵.

Ciò che qui importa sottolineare è che la compatibilità dell'istituto della "doppia conforme" con il sistema è legata all'interpretazione del motivo di ricorso di cui al nuovo art. 360 n. 5: solo interpretando tale motivo in senso restrittivo, il quadro delle ipotesi di ricorribilità in Cassazione mostra una sua coerenza, poiché, nel caso di "doppia conforme", la proponibilità del ricorso per cassazione resta esclusa solo per uno specifico errore metodologico nella ricostruzione del fatto, mentre rimangono sindacabili dalla Suprema Corte tutte le altre violazioni del metodo del giudizio di fatto, inquadrabili nella censura di cui al n. 3 dell'art. 360³⁵⁶.

³⁵³ Poli R., *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, fasc. 1, 2016, 212 ss.

³⁵⁴ Monteleone G., *Il controllo della Corte suprema sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica*, in *Riv. Dir. proc.*, 2015, 890 ss.

³⁵⁵ Per la configurabilità del vizio di "omissione di pronuncia", con conseguente violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (deducibile con ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c.), anche nel caso in cui la sentenza del giudice dell'appello ometta di pronunciarsi su uno dei motivi di impugnazione, Cass., sez. III, 15 maggio 2003, n. 7519, in *Foro.it*, I, 2691.

³⁵⁶ Così Piccininni A., *I motivi di ricorso in cassazione*, cit., 416 ss.

Sembra chiaro, al contrario, che un'interpretazione estensiva del motivo di ricorso di cui al n. 5, che includesse tutte le violazioni del metodo del giudizio di fatto o, peggio ancora, le figure di omissione di pronuncia, finendo per esautorare il controllo della legittimità delle sentenze da parte della Corte Suprema, difficilmente potrebbe sottrarre il nuovo art. 384-ter commi 4 e 5, alla censura per violazione dell'art. 111, comma 7, Cost.³⁵⁷.

Oltre a quanto appena affermato in relazione alla “doppia conforme” su un piano prettamente normativo, va senz'altro compiuta una riflessione maggiormente intrinseca alla norma e al suo significato: non a caso, infatti, nella “doppia conforme” si colgono i segni di una epocale dignità³⁵⁸ e insieme la riprova del debito che i moderni ordinamenti hanno contratto con lo *ius canonicum*³⁵⁹.

Si può anche comprendere che nell'arco dei secoli l'istituto sia fatalmente divenuto deposito di memorie e di saperi; ne ha subito l'influenza lo stesso Francesco Carnelutti, che si disse “*propenso ad ammettere con franchezza che quando l'appello abbia dato luogo alla doppia conforme, il riesame si dovrebbe arrestare*”³⁶⁰.

Si deve però distinguere la suggestione teorica dall'applicazione pratica, lo schema astratto dell'attuazione concreta; del resto, è innegabile che i numerosi autori che hanno impiegato quel concetto (da Luigi Mattiolo ad Antonio Segni³⁶¹), da un lato si sono riferiti³⁶² in vario modo alla doppia conforme *in iure*

³⁵⁷ Carratta, *Il giudizio di cassazione nell'esperienza del “filtro” e nelle recenti riforme legislative*, in *Giur.it*, 2013, 245 ss., sui possibili profili di incostituzionalità dell'art. 348 *ter* co. 4 e 5 c.p.c.

³⁵⁸ Panzarola A., sub art. 348-ter c.p.c. e art. 360 c.p.c., in a cura di Panzarola A, Martino R, *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 690 ss.

³⁵⁹ Lo hanno notato i primi commentatori, ad es: Consolo C., *Lusso o necessità*, cit., 3, secondo il quale “*la doppia conforme è un mito, forse di ascendenza canonistica, che stupisce non poco veder secondato, dal momento che le sue basi logiche e di sistema si sgretolano subito ad un'analisi neppure troppo minuta*”. De Cristofaro M., *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima “riforma urgente”*, cit., Impignatiello, *Crescita del paese*, cit.

³⁶⁰ Carnelutti F., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1926, n. 329, 234. Nonché Id., *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, 644, ove, in riferimento al sistema italiano, allude alla “*combinazione del principio della cassazione con il principio della doppia conforme*”. L'autore richiama pure il “*sano principio della doppia conforme*”.

³⁶¹ Va compreso anche Andrioli V., (in tema di motivazione della sentenza di merito rettificata della pronuncia di rigetto della cassazione) che vi fece ricorso a proposito del potere di rettifica in diritto che il Supremo collegio esercitava nella prassi.

³⁶² Panzarola A., *La cassazione civile giudice del merito*, I, Torino, 2005, 118.

e dall'altro vi hanno rinvenuto più che altro un paradigma logico per individuare la relazione tra il giudizio di Cassazione e il giudizio di rinvio nel vigore del codice di rito del 1865 (e in contemplazione di una previsione quale quella che figurava nel cessato art. 547 cpv del 1865, che, come noto, assegnava al “punto di diritto” efficacia vincolante solo in seconda battuta³⁶³).

E' necessaria adesso un'ulteriore osservazione: la “doppia conforme” ha avuto un'importanza determinante nel modello della cosiddetta “terza istanza”³⁶⁴ nel suo concreto funzionamento, non meno che nella percezione che di esso ebbero coloro che a suo tempo ne anteposero i pregi a quelli ricavabili dal diverso sistema della cassazione. Da qui, il problema che le nuove norme si pongono: l'istituto della “doppia conforme” inavvertitamente³⁶⁵ si dischiude sulle basi della Cassazione.

Si alimenta l'impressione di una fusione, o, se si vuole, di una “ibridazione” progressiva tra modelli diversi³⁶⁶, nel quadro di una riforma peraltro protesa a posporre la garanzia dello *ius litigatoris* alla tutela del c.d. *ius constitutionis*, a privilegiare cioè la coerenza dell'ordinamento rispetto alle esigenze soggettive del cittadino che reclama giustizia nel caso concreto. Si tratterà di vedere in che modo possano coordinarsi gli scopi deflattivi perseguiti dal legislatore con la *ratio*³⁶⁷ che usualmente si rinviene³⁶⁸ nel principio della “doppia conforme”, tanto più che, non di rado, non sarà agevole stabilire quando in effetti tale conformità sussista: a fronte di un ricorrente che comunque deduca il motivo di ricorso del vizio di motivazione, spetterà alla Suprema Corte impegnarsi a stabilire, nella situazione descritta, se esso sia inammissibile o rituale, in esito a un confronto per di più mutevole nell'oggetto. La Corte, così, avrà modo di

³⁶³ “Se la seconda sentenza (adottata dal giudice di rinvio), sia cassata per gli stessi motivi per cui fu cassata la prima, l'autorità giudiziaria a cui è rinviata la causa deve conformarsi alla decisione della corte di cassazione sul punto di diritto sul quale essa ha pronunciato.”

³⁶⁴ Panzarola A., *op. cit.*, 117.

³⁶⁵ Panzarola A., *sub art. 348-ter c.p.c. e art. 360 c.p.c.*, in a cura di Panzarola A, Martino R, *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 690 ss.

³⁶⁶ Bove M., *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2004, 947.

³⁶⁷ La “doppia conforme” non tende (almeno in via di principio) a deflazionare il carico di lavoro del giudice di vertice; si crede invece alla ragionevolezza intrinseca di “tenere fermo” il punto deciso da due giudici.

³⁶⁸ O meglio, “si rinveniva”. È infatti diffusa l'idea che la “doppia conforme” rappresenti “un retaggio

considerare³⁶⁹ (nel caso dell'art. 348-ter comma 4 c.p.c.) l'ordinanza "succintamente motivata" (art. 348-ter comma 1 c.p.c.) e la sentenza motivata in maniera concisa (art. 132 comma 2 n. 4 c.p.c.); altre volte, invece, le sentenze adottate nei gradi inferiori, ovvero quella di primo grado e quell'altra (confermativa) di appello. Quale più quale meno, ciascuno di questi argomenti può forse spiegare la perplessità avanzata in dottrina intorno a questa innovazione legislativa³⁷⁰.

Si fa strada l'idea che fosse preferibile rinunciare a una riforma così audace, come si fece a suo tempo durante il travagliato *iter* che condusse all'approvazione dell'art. 47 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (in tema di c.d. filtro in Cassazione); la proposta secondo la quale sarebbe stato dichiarato inammissibile il ricorso per Cassazione per vizio di motivazione "avverso la sentenza d'appello che ha confermato quella di primo grado" venne infatti abbandonata in Senato³⁷¹.

ampiamente meritevole di sepoltura": Briguglio A., *Ecco il filtro!*, cit., 1280.

³⁶⁹ Panzarola A., *La cassazione civile*, cit., I, 138 ss.

³⁷⁰ Nel rispetto del principio di autosufficienza che verosimilmente si estenderà anche alla fattispecie in esame (onerando il ricorrente, nella situazione descritta, della dimostrazione della diversità delle motivazioni che figurano nei due provvedimenti dei giudici inferiori).

³⁷¹ Panzarola A., *La cassazione civile giudice del merito*, I, Torino, 2005, 118 ss.

CAPITOLO 3

GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA E LE SENTENZE “GEMELLE” n. 8053 E n. 8054

III. 1 LA CASSAZIONE E IL NUOVO TESTO DELL'ART. 360 N. 5

Dopo avere esaminato il contributo fornito dalla dottrina al nuovo testo dell'art.360 n.5 c.p.c., è necessario concentrare l'attenzione sull'interpretazione data dalla giurisprudenza a questa nuova formula.

A seguito della citata riforma, la Suprema Corte ha messo a fuoco il sistema complessivo delle censure oggetto di ricorso per Cassazione, in conseguenza dell'abolizione del richiamo ai vizi della motivazione³⁷².

È così che si è cercato da un lato di valutare entro quali limiti e sotto l'egida di quale “motivo” potessero trovare ancora spazio in Cassazione le censure a carico della motivazione in fatto della pronuncia (e segnatamente, quelle sulla pretesa insufficienza o contraddittorietà)³⁷³ e, dall'altro lato, si è tentato di ricostruire gli effetti che il nuovo motivo dell'omessa valutazione circa un fatto decisivo per il giudizio ha determinato a carico dei restanti motivi, allorché le relative censure potessero pur implicare l'omessa valutazione di un fatto decisivo ancorché riguardando temi quali la giurisdizione o la competenza, ovvero ancora la corretta

³⁷² Frasca R., *Spigolature della riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l.n. 134 del 2012*, in *Judicium.it*.

³⁷³ È questo il tema che (forse anche a fronte di un diffuso, istintivo “rifiuto” della novella) ha più interessato i primi commenti alla stessa, prevalentemente in chiave di un gattopardismo legislativo che consentisse, ancor dopo il radicale cambiamento della formula normativa del n. 5, la censurabilità della motivazione quale atto giustificativo della pronuncia in fatto. Al riguardo, si veda: Bove M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in

applicazione di norme processuali causative della nullità della sentenza o del procedimento³⁷⁴.

Tale ampio dibattito sul quale, come si è già detto, sono pure intervenute (in più occasioni) le Sezioni Unite della Corte Suprema³⁷⁵, ha peraltro lasciato nell'ombra un aspetto della disposizione mutuato dall'originaria formulazione del motivo proprio del codice del 1940, pressoché del tutto fedelmente e integralmente riportata, infatti, nel corpo del ricorso per Cassazione, e cioè l'inciso per cui ad essere stato omesso non sia l'esame relativo a qualsivoglia fatto decisivo per il giudizio, ma quello specificamente riguardante un fatto "che è stato oggetto di discussione fra le parti"³⁷⁶.

In ogni caso, volendo provare a ricostruire il senso e la funzione della controversa condizione *de qua* (la circostanza che il fatto in cui l'omesso esame si censuri *ex art.* 360 n. 5 sia stato "oggetto di discussione tra le parti"), va certamente detto che viene data per certa la circostanza secondo la quale si sia omesso di motivare sul fatto pacifico per presupporre comunque, nel contesto concettuale della pronuncia, l'esistenza (o l'inesistenza, nel caso in cui, evidentemente, ad essere pacifico fosse un fatto negativo): nonostante l'omissione motivazionale, ci si troverebbe pur sempre davanti a una valutazione del fatto³⁷⁷.

È tale duplice circostanza a condurre, probabilmente, fuori dall'area normativa dell'art. 360 n. 5 l'ipotesi considerata, in primo luogo perché ciò che la disposizione consente di censurare è la radicale omissione dell'esame di un fatto, rimasto privo di

Giusto proc. civ., 2012, 677 ss., *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione, ibidem*, 431 ss.

³⁷⁴ Caponi R., *Norme processuali "elastiche" e sindacato in Cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.)*, in *Foro.it*, 2013, 149 ss.

³⁷⁵ Cfr. la nota Cass. sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053 (vanno indicati altresì i commenti di Passanante L., *Le Sezioni unite riducono al "minimo costituzionale" il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 179 ss.; Capponi B., *L'omesso esame dell'art. 360 n. 5 secondo la corte di cassazione, ibidem* 2016, 925 ss.) cui sono seguite: Cass. sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881, in *Dir. e pratica trib.* 2015, 739 ss; Cass. sez. un., 10 luglio 2015, n. 14477, in *Dir. e giust.* 2015.

³⁷⁶ Poli R., *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in Aa. Vv., *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, a cura di Punzi C., Torino, 2015, 271 ss.

³⁷⁷ Rende evidente ciò l'esempio addotto da Ricci G.F., il quale afferma: "se ad esempio si è discusso circa l'obbligo di restituzione di una somma data a mutuo e nessuna delle parti ha contestato la sussistenza del mutuo, non si potrà censurare la sentenza in sede di legittimità per non avere motivato sulla sussistenza del mutuo" (Ricci G. F., *Il giudizio civile di cassazione, cit.*, 199).

incidenza causale nell'iter decisorio della pronuncia³⁷⁸, e in secondo luogo perché il vizio di omessa motivazione (che però si ritiene apprezzabilmente da escludere dal novero della censurabilità allorché attenga a un fatto pacifico tra le parti e tacitamente presupposto dal giudice) è stato, come è noto, traslato dalla Suprema Corte (entro parziali e controversi limiti concettuali) nell'alveo dell'art. 360 n. 4, quale vizio di nullità formale della sentenza derivante dalla violazione di legge costituzionalmente rilevante che impone, appunto, il requisito di contenuto/forma della motivazione³⁷⁹.

Resta dunque all'interprete il compito di coglierne il senso a partire da un dato che non si lascia invece apprezzare per trasparenza di dettato, causa la stessa evidente atecnicità dei termini impiegati; a tale stregua, va preliminarmente riferito che le pur non più isolate sentenze della Cassazione, che ha meritevolmente cercato di chiarire il senso primario della riforma apportata al n. 5, hanno mantenuto un assordante silenzio sul punto, limitandosi a riferire testualmente la formula utilizzata dal legislatore *in parte qua* senza riservare ad esso alcuna nota esplicativa, a differenza di quanto è accaduto per il requisito della decisività³⁸⁰.

Altrettanto silenti sul punto erano stati, del resto, i *conditores* della riforma, che, secondo quanto emerge dai lavori preparatori del decreto legge e della successiva legge di conversione pubblicati dal Senato, non hanno mai discusso sull'inciso di cui trattasi, mutandolo passivamente dalla versione testuale del codice del 1940.

Secondo l'opinione di Giovanni Raiti, il peso specifico da riconoscere alle parole usate dal legislatore dovrebbe portare a escludere che la circostanza invocata quale

³⁷⁸ Un rinvio alla grave problematicità determinata dalla non nitida posizione della Corte sulle concrete articolazioni della prospettata "riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità", si da potersi censurare la "sola (in)esistenza della motivazione in sé", comprendente però i casi di "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili", nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", si veda Marinelli M., *op. cit.*, 752 ss.

³⁷⁹ Capponi B., *L'omesso esame dell'art. 360 n. 5 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, *ibidem*, 2016, 955 ss.

³⁸⁰ È quanto accaduto a partire dal *leading case*: la sentenza delle Sezioni Unite n. 8053 del 7 aprile 2014, ove nella porzione motiva dedicata ad illustrare il significato da attribuire alla nuova versione del motivo impugnatorio *ex n. 5*, l'estensore della pronuncia si limita a ribadire la formula di legge puntualizzando unicamente che da essa discende l'onere per il ricorrente di indicare nel ricorso (a pena di inammissibilità) "il come e il quando tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti".

condizione aggiuntiva del motivo³⁸¹ (ovvero l'essere stato, il fatto del cui esame si lamenta l'omissione, oggetto di discussione tra le parti) possa essere negletta fino al punto di considerare che l'omissione di qualsiasi fatto rilevante per la pronuncia d'appello possa valere indipendentemente dalla condotta difensiva delle parti in merito ad esso; che, in altri termini, qualunque fatto entrato a far parte della trattazione della causa, poi negletto dal giudice dell'appello, possa per ciò stesso dirsi essere stato oggetto di discussione tra le parti.

A un primo e minimale rilievo in questo senso si ritiene induca, anzitutto, quel testuale richiamo alla "discussione" tra le "parti"³⁸²: peraltro, ciò che fra le parti costituite sia stato oggetto di "discussione" è ciò su cui esse abbiano interloquuto polemicamente e non, dunque, il fatto che, introdotto da una parte, abbia poi visto la controparte, pur costituita, semplicemente tacere su di esso, non essendovi, infatti, da sollevare alcuna discussione allorchè si taccia³⁸³.

Da ciò deriva che anche l'esplicita ammissione di esistenza del fatto (positivo o negativo che sia) ad opera della parte contro cui esso venga invocato deve ricevere lo stesso trattamento riservato per il fatto tacitamente non contestato: non solamente perché la discussione implica semanticamente una qualche discordanza, ma, sul piano valoriale del processo, perché non sussistono motivi idonei a giustificare trattamenti differenziati a fatti che risultino parimenti sottratti al bisogno di prova per effetto del meccanismo di non contestazione o per il pieno riconoscimento di veridicità dello stesso ad opera di chi abbia il potere di disporre in via istruttoria³⁸⁴.

³⁸¹ È noto come una parte della dottrina abbia fatto leva su tale modifica testuale della norma in funzione argomentativa di negazione della *voluntas legis* di soppressione del vizio di insufficienza della motivazione, sottolineando, ora, che l'omesso esame "circa" un fatto indizierebbe di una plausibile e persistente ricorribilità avverso la pronuncia per censurarne "l'omessa considerazione di una risultanza istruttoria determinante per ritenere esistente inesistente un fatto decisivo per il giudizio" (così De Cristofaro M., *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male*, in *Judicium*, par. 1)

³⁸² Non può dirsi analogamente per il caso in cui il fatto (ipoteticamente rilevabile anche d'ufficio) risulti introdotto in giudizio per effetto di una condotta difensiva non consapevole di averlo introdotto. In tale ipotesi il giudice dovrà, nel novero di esercizio della potestà di collaborazione con i contendenti, sollecitare il contraddittorio e farli "discutere" sul fatto stesso.

³⁸³ E infatti "discussione", secondo la definizione fornita né dall'autorevole De Mauro T., (*Grande dizionario italiano dell'uso*, Torino, 1999, vol. II, 653) "L'esame attento e approfondito di una questione, fatto da due o più persone che esprimono pareri più o meno contrastanti", dicendosi invece, non a caso, "fuori discussione" ciò che risulta invece pacifico o, più o meno convenzionalmente, certo

³⁸⁴ Carratta A., *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di*

In ultima analisi, dunque, anche l'omissione del fatto pacificamente riconosciuto o non contestato *inter partes* sarebbe da ritenersi sottratto dall'area di censurabilità disegnata dalla nuova norma, così da poter affermare in definitiva che il fatto "oggetto di discussione" è il fatto risultato "controverso" tra le parti, con esclusione dei fatti allegati e provati dalla sola parte costituita, di quelli notori e non contestati e di quelli pacifici per mancata contestazione della parte costituita o per esplicito riconoscimento ad opera della stessa³⁸⁵. Del resto, riconoscere che il tenore testuale della norma ammetta pure la censura sull'omissione di un fatto ritenuto "oggetto di discussione" solo perché entrato a far parte della trattazione "in fatto" della causa equivarrebbe a fornire una lettura abrogante dell'inciso³⁸⁶.

L'esito cui si è giunti rappresenta un importante punto di partenza per il prosieguo della discussione, orientata a evidenziare che tutto ciò che in termini di omesso esame in fatto da parte del giudice d'appello venga escluso dalla censurabilità *ex art. 360 n. 5* merita di confluire nell'area di operatività di un altro ipotetico strumento impugnatorio, essendo il disvalore sotteso al mancato esame di un fatto decisivo e controverso certamente non più grave del disvalore sotteso al mancato esame di un fatto non controverso tra le parti³⁸⁷; l'asserito errore del giudice non è infatti meno grave, considerato che, avendo egli potestà di rilievo del fatto non controverso e decisivo, non lo abbia fatto rispetto a quando sia incorso in analogo omissione con riguardo a un fatto controverso.

La verifica che il rilievo appena operato impone ci spinge verso il rimedio della revocazione (ordinaria): proprio con riferimento a tale impugnazione però, appare quanto meno dubbio che la sopra illustrata censura, sottratta al campo di azione dell'art. 360 n. 5, possa, alternativamente, ospitarla³⁸⁸.

legittimità, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012.

³⁸⁵ Cass. sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881.

³⁸⁶ Consolo C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Il processo civile*, 2012, 1140.

³⁸⁷ Raiti G., *op.cit.*, 1447.

³⁸⁸ Punzi C., *La cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 567 ss.

III.2 L'INTERPRETAZIONE DELLE SEZIONI UNITE CON LE SENTENZE "GEMELLE" n. 8053 E n. 8054 DEL 2014

Anche la giurisprudenza ha avuto ben presto occasione di pronunciarsi sul nuovo testo normativo. Se è vero, come è stato sostenuto³⁸⁹, che al di là dei precedenti spunti sull'esegesi della norma è la Corte Suprema a fare "quello che vuole" e a scriverla nella prassi, non rimane che esaminarne l'interpretazione conferitale da due recenti e importanti pronunce delle Sezioni Unite, che hanno costituito, per i loro principi, il diritto vivente dell'evoluzione giurisprudenziale successiva.

Si tratta di due pronunce gemelle dell'anno 2014, dall'uguale tenore, di estremo interesse in quanto hanno fornito un contributo prezioso per l'individuazione del corretto significato, dell'esatta portata e del preciso ambito di applicazione della norma in esame nella sua attuale espressione linguistica.

Vediamo sinteticamente quali sono i principi espressi dalle due sentenze citate³⁹⁰:

- 1) il giudice di legittimità si pone quale giudice dello *ius constitutionis* e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello *ius litigatoris*;
- 2) a seguito della riforma del 2012 scompare il controllo sulla motivazione con riferimento al parametro della sufficienza, ma resta il controllo sull'esistenza e sulla coerenza, ossia con riferimento a quei parametri che determinano la conversione del

³⁸⁹ Luiso, *Diritto processuale civile*, 437.

³⁹⁰ Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053 e della Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8054, che hanno il pregio, tra l'altro, di precisare che le nuove disposizioni derivanti dalla riforma del 2012 (e dunque, per quello che qui interessa, del nuovo art. 360, n. 5, c.p.c. e del nuovo art. 348-ter c.p.c.) devono applicarsi anche ai ricorsi per cassazione avverso alle sentenze pronunciate dalle Commissioni tributarie regionali. Per Cass. n. 8053 del 2014, v. il testo in *Guida dir.*, 25, 2014, 12 ss., con commento di Finocchiaro, *Sull'attuazione della riforma delle impugnazioni civili dalla Cassazione pochi punti fermi e tante incognite*; in *Corr. giur.*, 2014, 1241, con commento di Glendi, "At ille murem peperit", in *Giur. trib.*, 2014, 741 ss., con nota di Marinelli, *Il "crepuscolo" della norma di legge*; in *Riv. dir. proc.*, 6, 2014, 1594 ss., con nota di Porcelli F., *Sul vizio di "omesso esame circa un fatto decisivo"*, in *Dir. e prat. trib.*, 2014, 3, 460 ss., con nota di Dalla Bontà, *Le Sezioni unite enunciano l'applicabilità del riformulato art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c. e del meccanismo della c.d. doppia conforme al ricorso per cassazione in materia tributaria*, in *Giur. it.*, 2014, 1901 ss. con nota di Tirchi, *Applicabili in materia tributaria le nuove disposizioni sul ricorso per cassazione*. Vedi anche i commenti di Passanante, *Le Sezioni unite riducono al "minimo costituzionale" il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 179 ss.

vizio di motivazione in vizio di violazione di legge, sempre che il difetto emerga immediatamente e direttamente dal testo della sentenza;

3) a fronte di tale impostazione, la riformulazione dell'art. 360 n. 5 deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione; per tale motivo, è denunciabile in Cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali; tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile";

4) il controllo previsto dell'art. 360 n. 5 (che il legislatore prevede come "vizio specifico") concerne³⁹¹ l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia); ne consegue che la parte ricorrente, nel rispetto degli artt. 366 comma 1, n. 6 e 369, comma 2, n. 4 (dunque del principio di autosufficienza), dovrà indicare nel ricorso³⁹² il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato" testuale (emergente dalla sentenza) o extratestuale (emergente dagli atti processuali), da cui ne risulti l'esistenza, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti e la decisività dello stesso;

5) l'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé il vizio di omesso esame di un fatto decisivo quando l'avvenimento storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie astrattamente rilevanti.

Le citate pronunce delle Sezioni Unite rivestono, inoltre, uno speciale rilievo per avere chiarito il significato del motivo previsto dall'art. 360 n. 5, escludendo che

³⁹¹ Caponi R., *La modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Judicium.it*, 2012, 232 ss.

³⁹² Carratta A., *Il giudizio di cassazione dell'esperienza del "filtro" e nelle recenti riforme legislative*, in *Giur.it*, 2013, I, 241 ss.

esso si possa riferire all'omessa valutazione di una prova decisiva e riconducendolo a un fatto storico principale o secondario decisivo e oggetto di discussione tra le parti³⁹³; emerge infine che l'esame su tale vizio possa estendersi a un sindacato extratestuale della Corte, che le permetta di ampliare, nei binari del principio di autosufficienza del ricorso, il proprio controllo oltre il testo della decisione.

L'importanza delle sentenze in esame è rappresentata anche dal fatto che la previsione del nuovo n. 5 non elimina la rilevanza del rispetto delle norme costituzionali e ordinarie che prescrivono la necessità della motivazione e del suo contenuto (per le sentenze e i provvedimenti decisori, l'art. 132, n. 4, c.p.c.): in ogni caso, il sindacato di legittimità sulla motivazione viene ridotto a una di quelle patologie estreme dell'apparato argomentativo, tale da farlo rientrare nel "minimo costituzionale" della violazione di legge, ai sensi dell'art. 111, comma 7 Cost., indirizzando così i giudici della Cassazione a privilegiare la trattazione delle questioni giuridiche, in modo da assolvere innanzitutto alla funzione nomofilattica loro attribuita³⁹⁴.

A tale proposito, le due citate sentenze si collegano direttamente all'elaborazione giurisprudenziale sviluppata per il ricorso straordinario in Cassazione per "violazione di legge" ex art. 111 Cost., ciò consentendo di affermare che, una volta che il legislatore abbia soppresso il previgente testo del n. 5, il vizio motivazionale rimane sindacabile solo quando sia così radicale da costituire una "violazione di legge", e dunque riconducibile ai soli casi di omissione della motivazione, motivazione apparente, motivazione manifestamente contraddittoria e motivazione incomprensibile³⁹⁵.

Si può dunque affermare come si crei³⁹⁶ una precisa *liaison* tra la risalente (e ormai superata, per espresso dettato normativo) giurisprudenza in materia di ricorso straordinario dell'art. 111, comma 7, Cost. e il nuovo dettato dell'art. 360, n. 5, in materia di ricorso ordinario. La Corte, infatti, nelle motivazioni delle due citate decisioni, richiama espressamente la sentenza delle Sezioni Unite n. 5888 del 1992

³⁹³ Lombardo L., *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, Torino, 2015, 324 ss.

³⁹⁴ Sassani B., voce *Corte di cassazione*, in *Trattato omnia, Diritto processuale civile*, Torino, 2019.

³⁹⁵ Frasca R., *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modifiche, nella l. n. 132 del 2012*, in *Judicium.it*, 2016.

³⁹⁶ Sassani B., *op.cit.*

che, nel limitare il ricorso per Cassazione ai soli numeri da 1 a 4 dell'art. 360 c.p.c., ravvisava il vizio motivazionale (costituzionalmente protetto) solo nei casi più radicali che costituivano violazione di legge³⁹⁷, quali la mancanza assoluta della motivazione e la motivazione apparente o quella illogica, restando estranea una verifica della sufficienza e della razionalità della motivazione sulle “questiones facti”, operazione che avrebbe comportato un raffronto tra le ragioni del decidere espresse nella sentenza impugnata e le risultanze del materiale probatorio sottoposto al vaglio del giudice di merito.

Le sentenze “gemelle” assumono, dunque, grande importanza anche per aver affermato che, nel quadro vigente dell'art. 360 c.p.c., non vi sia più spazio per il sindacato sull'insufficienza della motivazione; ma se il vizio di semplice insufficienza viene obliterato dalla Corte, la conclusione non è la stessa quanto al profilo della contraddittorietà; nonostante la formale soppressione nella norma, i giudici lo mantengono volutamente in vita seppure entro termini ben precisi, quando cioè sussiste un contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili o perplesse e quindi obiettivamente incomprensibili³⁹⁸.

III.3 LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE: LA RIDUZIONE AL MINIMO COSTITUZIONALE DEL SINDACATO SULLA MOTIVAZIONE

Dopo avere esaminato il contenuto delle sentenze gemelle del 2014, possiamo procedere all'analisi ermeneutica del nuovo art. 360 n. 5, c.p.c., in totale aderenza rispetto alla pronuncia delle Sezioni Unite.

Dallo schema argomentativo della sentenza emerge anzitutto che la *ratio legis* dell'intervento legislativo sarebbe stata il contenimento dei ricorsi e la tutela della

³⁹⁷ Ricci G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 166 ss.

funzione nomofilattica di cui all'art. 65 ord. giud., riducendo al minimo il sindacato giurisdizionale sulla motivazione.

La riforma del 2012 avrebbe infatti “l'effetto di limitare la rilevanza del vizio di motivazione, quale oggetto del sindacato di legittimità, alle fattispecie nelle quali esso si converte in violazione di legge”³⁹⁹.

La Corte richiama, a tale proposito, la giurisprudenza a Sezioni Unite formatasi prima della riforma del 2006, secondo la quale il vizio di motivazione avrebbe dovuto estrinsecarsi in una motivazione mancante (anche sotto il profilo della mera apparenza) o illogica, posto che l'intento legislativo sarebbe stato quello di precludere al giudice di legittimità qualsiasi valutazione di corrispondenza tra decisione impugnata e atti del processo⁴⁰⁰.

Con la decisione n. 5888 del 1992 il Collegio ritenne che siffatte conclusioni fossero necessarie al fine di operare un corretto bilanciamento tra le garanzie costituzionalmente previste (obbligo di motivazione) e il ruolo, anch'esso costituzionalizzato, della Corte di Cassazione quale giudice di legittimità (in un'ottica di efficienza della funzione giurisdizionale di legittimità)⁴⁰¹.

Il Supremo collegio richiama, di fatto, la giurisprudenza formatasi sulla censurabilità del vizio della motivazione nei casi in cui, prima del 2006, il ricorso in Cassazione era ammesso solo per violazione di legge; non a caso, la pronuncia del 1992 ritenne che il vizio potesse essere dedotto in forza dell'art. 111 Cost., ma l'obbligo di motivazione dovesse ritenersi adempiuto laddove idoneo a dimostrare la *ratio decidendi*, indipendentemente dalla qualità della motivazione stessa.

³⁹⁸ Frasca R., *op.cit.*

³⁹⁹ Cfr. sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881, in *Foro.it*, 2015, I, 209.

⁴⁰⁰ Cass. sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888.

⁴⁰¹ Le Sezioni Unite del 1992 affermano che l'obbligo di motivazione alla funzione di assoggettare a controllo “l'effettiva applicazione del diritto di difesa delle parti nel processo e la formazione del giudizio sulla sola base della soggezione del giudice alla legge” e che ciò sarebbe funzionale a rendere palesi le ragioni che hanno determinato quella decisione. L'oggetto della denuncia può riguardare solo l'esistenza stessa della motivazione senza estendersi al confronto con le ulteriori risultanze processuali. La nullità della sentenza si avrà pertanto non solo nelle ipotesi di mancanza materiale e grafica della stessa ma anche quando “l'esposizione non sia idonea a rivelare la *ratio decidendi*, anche sotto l'aspetto del fatto”. In questi casi si avrebbe infatti una motivazione apparente, incomprensibile.

Alla luce di tale richiamo alla propria passata giurisprudenza, la Corte afferma che i vizi sopra menzionati devono risultare dal testo stesso della pronuncia, mentre non rilevano le ulteriori risultanze processuali.

Successive pronunce delle sezioni semplici, inoltre, hanno chiarito che “la ricostruzione del fatto operata dai giudici di merito è ormai sindacabile in sede di legittimità soltanto ove la motivazione al riguardo sia viziata da vizi giuridici, oppure se manchi del tutto, oppure se sia articolata su espressioni o argomenti tra loro manifestamente immediatamente inconciliabili, oppure perplessi, oppure obiettivamente incomprensibili”⁴⁰².

I vizi denunciabili, rispettivamente *ex n. 5* o con la violazione di legge, presuppongono “che un esame della questione oggetto di doglianza vi sia pur sempre stato da parte del giudice di merito, ma che esso sia affetto dalla totale pretermissione di uno specifico fatto storico (principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo) ovvero che esso sia inficiato dalla mancanza assoluta di motivi sotto l’aspetto materiale grafico, oppure da una motivazione apparente, oppure da un contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, oppure da una motivazione perplessa e obiettivamente incomprensibile”⁴⁰³. Ne risulta una vera e propria scomposizione di quello che prima era il controllo sulla motivazione fondato sul n. 5 dell’art. 360 c.p.c.

Il nuovo testo del n. 5 “introduce nell’ordinamento un vizio specifico”, un vizio *nuovo*, che consente alla Corte un controllo ben più penetrante del “semplice” vizio motivazionale⁴⁰⁴. Va detto che a restare fuori dal sindacato è il controllo sulla

⁴⁰² Cass. sez. VI, n. 12928/2014.

⁴⁰³ Cass. sez. III, n. 21257/2014.

⁴⁰⁴ Cass. sez. I, 25 maggio 2015, n. 10749; secondo tale sentenza ricorre il travisamento della prova ove l’informazione probatoria riportata è utilizzata dal giudice per fondare la sua decisione sia diversa e inconciliabile con quella contenuta in un atto processuale; la relativa deduzione con ricorso per cassazione presuppone che il ricorrente specificamente indichi ed alleggi l’atto medesimo ed assume rilievo purché l’informazione probatoria, risultante dalla prova travisata, sia *decisiva*, ossia capace da sola di portare il giudice di merito in sede di rinvio a rovesciare i contenuti della precedente decisione. Probabilmente un simile caso, non di frequente ricorrenza (è la stessa Corte a notarlo, perché altro è il travisamento del fatto, altro il travisamento della prova; la Corte viene qui chiamata a non a valutare la prova, bensì ad accertare il travisamento), potrebbe oggi transitare soltanto con il nuovo n. 5: purché il ricorrente ponga il giudice di legittimità nella condizione di verificare l’esistenza di un vizio così rilevante, allegando al ricorso l’atto in cui la prova è stata acquisita al processo.

sufficienza della motivazione relativa a una *quaestio facti* che implichi una ricognizione delle risultanze probatorie.

In definitiva, si elide il controllo relativo alla sufficienza della motivazione, mentre resta quello sulla materiale esistenza della stessa, nonché sulla logicità sotto il profilo della motivazione apparente e incomprensibile; tali vizi non saranno perciò censurabili ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c., ma ai sensi del n. 4 (per violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4 c.p.c.) qualora integrino una grave violazione, idonea a determinare la nullità della sentenza: viene dunque confermata l'assoluta autonomia e specificità di tale nuovo motivo di ricorso, escludendone un collegamento con la motivazione⁴⁰⁵.

La scelta ermeneutica della Corte è quella di contemperare il controllo sulla motivazione con una risposta coerente alla riforma: la motivazione continua a operare quale strumento di controllo sull'operato del giudice di merito, necessario al fine di tutelare l'effettiva applicazione del diritto e a garanzia del diritto di difesa delle parti all'interno del processo; deve però essere contenuta entro i limiti della violazione di legge e pertanto non sindacabile laddove appaia funzionale a giustificare le ragioni di fatto e di diritto adottate dal giudicante.

Il sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità viene pertanto ricondotto al "minimo costituzionale", e in tal modo sarebbero contemperati due interessi: quello relativo alla salvaguardia della funzione di legittimità della Corte di Cassazione (limitando la verifica sulla motivazione) e allo stesso tempo il controllo sulle ragioni che hanno determinato la decisione⁴⁰⁶ (tramite la censura della motivazione mancante o manifestamente illogica).

A tal fine, oggetto di denuncia delle parti può solamente essere l'esistenza stessa della motivazione senza estendersi al confronto con le ulteriori risultanze processuali; la nullità della sentenza si avrà non solo nelle ipotesi di mancanza materiale e grafica della motivazione, ma anche quando "l'esposizione non sia idonea a rivelare la *ratio decidendi*, anche sotto l'aspetto del fatto": solo in questi casi si parlerebbe di una motivazione apparente, incomprensibile.

⁴⁰⁵ Lombardo L., *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino, 2015, 322 ss.

⁴⁰⁶ Lombardo L., *op.cit.*

Il vizio di motivazione assume pertanto rilevanza solo laddove si ravvisi una violazione del precetto costituzionale di cui all'art.111, comma 6, Cost. e ciò si verifica quando sussista una mancanza assoluta dei motivi, quando la motivazione sia solo apparente, e infine qualora la motivazione si palesi manifestamente incomprensibile.

Il problema, però, è che la riduzione al minimo costituzionale della motivazione sembra quasi un richiamo al mero requisito formale della sentenza; in questo modo si elimina non solo un ancoraggio al fatto concreto, ma si impedisce un controllo effettivo sul corretto ragionamento del giudice di merito⁴⁰⁷.

III. 4 LE SENTENZE SUCCESSIVE: IL BIENNIO 2015-2016

Le sentenze n. 8053 e n. 8054 costituiscono un vero e proprio *leading case* per la giurisprudenza successiva, che ha chiarito e approfondito, nel biennio 2015-2016, alcuni concetti precedentemente elaborati e qui sviluppati più nel dettaglio.

Un'analisi approfondita, non limitata alla lettura delle massime, mette in evidenza alcuni punti interessanti: a fronte della scomparsa, nella disposizione, di ogni riferimento letterale alla "motivazione" della sentenza impugnata e del fatto che accanto al vizio di omissione non sono più menzionati i vizi di insufficienza e contraddittorietà, la Suprema Corte ha ben presente il presupposto da cui partire per l'esegesi della nuova norma; l'intento del legislatore è oggi quello di ridurre l'area del sindacato di legittimità motivazionale, escludendo in radice la deducibilità di vizi dell'argomentazione (illogicità o contraddittorietà), che non si traducono nella totale incomprensibilità dell'argomentare⁴⁰⁸.

La Corte inizia ben presto a chiarire il rapporto tra omesso esame e vizio di

⁴⁰⁷ De Stefano F., *op.cit.*

motivazione, precisando che il nuovo testo dell'art. 360 n. 5 consente il ricorso per cassazione solo per omesso esame di un fatto decisivo, e non anche per vizi della motivazione⁴⁰⁹: si crea dunque un distinguo tra il vizio motivazionale e il n. 5 come ristrutturato.

In merito all'errore motivazionale, si osserva che, a seguito della riforma del 2012, esso emerge solo quando la motivazione sia viziata da errori giuridici, manchi del tutto, oppure se sia articolata su espressioni o argomenti tra loro manifestamente e immediatamente inconciliabili oppure obiettivamente incomprensibili⁴¹⁰; al contempo, viene esclusa ogni rilevanza al semplice difetto di sufficienza o di contraddittorietà della stessa⁴¹¹.

In base a tale assunto, non è più consentito denunciare un vizio di motivazione se non quando esso dia luogo, in realtà, a una vera e propria violazione di legge.

In sostanza, il controllo motivazionale si sposta nel n. 4 dell'art. 360: coerentemente si arriva a dire che il controllo della motivazione viene confinato "sub specie nullitatis", e dunque sotto l'egida dell'art. 360 n. 4 il quale, a sua volta, ricorre solo nel caso di una sostanziale carenza del requisito di cui all'art. 132, comma 2, n. 4⁴¹².

Il sindacato motivazionale da parte del giudice di legittimità si trasforma in un controllo interno "ab intrinseco" alla sentenza; la violazione dell'art. 132 n. 4 deve emergere obiettivamente dalla mera lettura della decisione in sé, senza possibilità alcuna di ricavarla dal confronto con atti o documenti acquisiti nel corso dei gradi di merito, essendo esclusa la riconducibilità, in detta previsione, di una verifica sulla sufficienza e razionalità della motivazione stessa con le risultanze probatorie⁴¹³.

⁴⁰⁸ Cass., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25008.

⁴⁰⁹ Di recente Cass., 21 giugno 2016, n. 12744.

⁴¹⁰ Tra le altre, Cass., 9 giugno 2014, n. 12928

⁴¹¹ Cass., 8 ottobre 2014, n. 21257, in *Mass. Giust. civ.*, 2014, n. 632914; Cass., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1241; Cass., 6 luglio 2015, n. 13928, in *Mass. Giust. civ.*, 2015, n. 636030.

⁴¹² Cass., 13 giugno 2016, n. 12136.

⁴¹³ Cass., 23 giugno 2016, n. 12103; Cass., 7 giugno 2016, n. 11629, afferma che, con riferimento specifico all'art. 132 n. 4, la Corte ha quindi ritenuto che la conformità della sentenza al modello di questa disposizione e l'osservanza degli artt. 115 e 116 c.p.c., non richiedono che il giudice del merito dia conto di tutte le prove dedotte o comunque acquisite e di tutte le tesi prospettate dalle parti, essendo, invece, sufficiente e necessario che egli esponga in maniera concisa gli elementi in fatto e in diritto posti a fondamento della sua decisione, dovendo reputarsi per implicito disattesi tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, seppure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata.

Alla luce di tale giurisprudenza, la Corte ha modo di chiarire che cosa si intenda per vizio di motivazione, e quando si ricada in tale vizio, precisando che si ha una “mancanza di motivazione” quando la motivazione manchi del tutto, oppure formalmente esista come parte del documento, ma le argomentazioni siano svolte in modo «talmente contraddittorio da non permettere di individuarla, cioè di riconoscerla come giustificazione del *decisum*»⁴¹⁴: si pensi, ad esempio, alla presenza di affermazioni apodittiche e generali della sentenza, che sono sganciate dal *thema decidendum*, ovvero al caso in cui essa faccia solo un generico riferimento ad alcuni criteri avulsi dalla fattispecie concreta⁴¹⁵.

Lo spostamento del controllo motivazionale nel ristretto ambito del n. 4 porta a far affermare ai giudici di legittimità che né il vizio di contraddittorietà della motivazione, né quello di insufficienza hanno più autonoma rilevanza⁴¹⁶; in particolare, il vizio di contraddittoria motivazione non sopravvive neppure come ipotesi di nullità della sentenza ai sensi del n. 4 dell’art. 360⁴¹⁷.

Non è dunque censurabile in Cassazione, per irrilevanza del vizio di contraddittorietà, la correttezza logica della motivazione di idoneità probatoria di una determinata risultanza processuale⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Già in passato, Cass., 18 settembre 2009, n. 20112, in *Mass. Giur.it.*, 2009. Di recente, Cass., 15 giugno 2016, n. 12337, in *Pluris*; Cass., 22 dicembre 2014, n. 27278, *ivi*; Cass., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881 (in *Dir. e prat. trib.*, 2015, 4, 730 ss., con nota di Dalla Bontà, *Le Sezioni unite tornano su interpretazione ed applicazione del “nuovo” art. 360, 1° comma, n. 5, Notazioni critiche e prospettive future*). Per consolidato e condiviso principio della Corte, «ricorre il vizio di omessa motivazione della sentenza, denunziabile in sede di legittimità, ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 5, nella duplice manifestazione di difetto assoluto o di motivazione apparente, quando il giudice di merito ometta di indicare, nella sentenza, gli elementi da cui ha tratto il proprio convincimento ovvero indichi tali elementi senza una approfondita disamina logico e giuridica, rendendo in tal modo impossibile ogni controllo sull’esattezza e sulla logicità del suo ragionamento» (Cass., 6 giugno 2012, n. 9113, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 6, 743; v. anche Cass., 27 gennaio 2006, n. 1756, *ibidem*, 2006, 1).

⁴¹⁵ Cfr. Cass., 15 giugno 2015, n. 12314, in materia di plagio, la quale costituisce la prima decisione di accoglimento secondo la lettura del nuovo art. 360, n. 5, c.p.c., ove, nel caso di valutazione equitativa del danno, il giudice di merito è tenuto ad indicare il criterio prescelto, fornendo anche le ragioni per cui il criterio stesso deve ritenersi il più adeguato ad individuare l’ammontare del lucro cessante nel modo più approssimato possibile. La mancanza di tale indicazione integra un vizio di motivazione apparente. A tal fine, affinché la motivazione non sia puramente apparente facendo un generico riferimento ad alcuni criteri avulsi dalla fattispecie concreta, occorre dar conto nella scelta del criterio in relazione al caso di specie.

⁴¹⁶ Cass., 16 luglio 2014, n. 16300, in *Mass. Giust. civ.*, 2014.

⁴¹⁷ Cass., 6 luglio 2015, n. 13928, in *Mass. Giust. civ.*, 2015.

⁴¹⁸ Cass., 16 luglio 2014, n. 16300, *cit.*

Resta, inoltre, priva di valore processuale la denuncia del semplice difetto di sufficienza, cioè di quel vaglio critico dei fatti storici riguardo all'ordine logico della decisione e agli snodi essenziali della ricostruzione della vicenda⁴¹⁹.

Va tuttavia riconosciuto che altre pronunce sono state meno rigide nei confronti di questi limiti di ammissibilità. Se da un lato, infatti, la Corte ha affermato che è deducibile come vizio della sentenza solo l'omissione e non più l'insufficienza o la contraddittorietà, dall'altro è stata fatta comunque salva la censura di entrambi questi ultimi aspetti quando essi consistono nell'estrinsecazione di argomentazioni non idonee a rilevare la *ratio decidendi*: si comincia dunque ad ammettere, in certi casi (quelli più gravi), sia il sindacato sulla contraddittorietà che sull'insufficienza motivazionale⁴²⁰.

Tale lettura evolutiva non è di poco conto e può spingere la stessa Corte a rivedere la soluzione offerta dalle sentenze gemelle e riportata, spesso in maniera traslatizia, nella giurisprudenza successiva.

⁴¹⁹ Cass., 18 dicembre 2014, n. 26860.

⁴²⁰ Come è noto (Cass. 23 gennaio 2006, n. 1236), ai fini della configurazione della "sufficienza" della motivazione della sentenza, il giudice non può, quando esamina i fatti di prova, limitarsi ad enunciare il giudizio nel quale consiste la sua valutazione, perché questo è il solo contenuto assertivo della complessa dichiarazione motivazionale, ma deve impegnarsi anche nella descrizione del processo cognitivo attraverso il quale è passato dalla sua situazione d'iniziale ignoranza dei fatti alla situazione finale costituita dal giudizio, che rappresenta il necessario contenuto dimostrativo della dichiarazione stessa. Il vizio di insufficiente motivazione sussiste dunque ogni volta che la sentenza impugnata manifesta illogicità consistenti nell'attribuire agli elementi di giudizio un significato estraneo al senso comune, ovvero non indichi gli elementi dai quali il giudice ha tratto il proprio convincimento, dovendo il giudice stesso delineare il percorso logico seguito.

Posto quindi che, per le sentenze gemelle, la "semplice sufficienza non è sindacabile", tuttavia accanto alla grave e manifesta contraddittorietà, comincia nella giurisprudenza della Corte ad essere approfondito (anche a fronte del cenno in motivazione nelle stesse sentenze n. 8053 e n. 8054) il profilo della manifesta illogicità, parametro che ben presto si confonde con quello della stessa grave sufficienza motivazionale. Così Cass., 4 aprile 2014, n. 7983, cit., stabilisce che è deducibile come vizio della sentenza soltanto l'omissione e non più l'insufficienza o la contraddittorietà della motivazione, salvo che, secondo l'orientamento a suo tempo espresso dalle Sezioni unite n. 5888 del 16 maggio 1992 e seguito dalla giurisprudenza successiva sino all'introduzione dell'art. 360 c.p.c., la contraddittorietà o illogicità della motivazione, ridondi in sostanziale mancanza di motivazione. Il concetto si ripete nella giurisprudenza successiva e il controllo sulla logicità prende presto forma: Cass., 5 novembre 2015, n. 22676, stabilisce che non si può profilare "il controllo di logicità sulla motivazione originariamente previsto dalla vecchia formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., al di fuori dell'ipotesi della motivazione obiettivamente incomprensibile o perplessa". Anche Cass., sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914, nel rigettare il ricorso stabilisce espressamente che la motivazione dell'ordinanza impugnata non risulta di per sé "illogica, contraddittoria o perplessa al punto di renderla incomprensibile".

Una volta consegnato il vizio della motivazione al n. 4 dell'art. 360, la Corte si interroga sul contenuto del nuovo motivo previsto dall'art. 5, e approfondisce il profilo dell'individuazione delle caratteristiche del fatto omesso e del requisito della sua decisività.

Il n. 5 riformato introduce un vizio specifico che si colloca fuori del giudizio motivazionale⁴²¹, un vizio nuovo che consiste nell'omesso esame di un fatto decisivo principale o secondario, discusso tra le parti, che può emergere, a differenza del precedente vizio motivazionale, sia dal testo della sentenza sia dagli atti processuali⁴²².

La giurisprudenza approfondisce, poi, la nozione di "omesso esame", affermando che l'omesso esame del fatto decisivo oggetto di discussione nel giudizio afferisce a dati materiali e alle loro ricadute in termini di diritto, aventi portata idonea a definire direttamente il giudizio⁴²³; deve trattarsi di un fatto, cioè di "un preciso accadimento o di una precisa circostanza in senso storico-naturalistico"⁴²⁴, e non può invece riguardare mere questioni o punti, né tantomeno elementi istruttori⁴²⁵.

La Corte precisa inoltre che costituisce fatto "decisivo" quello la cui differente considerazione è idonea a comportare, con certezza, una decisione diversa⁴²⁶, mentre non può ritenersi tale l'insieme dei materiali di causa, e dunque il ricorrente non può evocare una moltitudine di fatti e circostanze lamentandone il mancato esame⁴²⁷.

In altri termini, emerge che l'omesso esame del fatto decisivo si pone, al pari di quanto già espresso nelle sentenze gemelle, come il "tassello mancante" alla plausibilità delle conclusioni cui è pervenuta la sentenza rispetto alle premesse

⁴²¹ Cass., 21 giugno 2016, n. 12744, *cit.*

⁴²² Cass. n. 8053, 2014, par. 15 motivazioni.

⁴²³ Cass., 5 marzo 2014, n. 5133; Cass., sez. un., 14 marzo 2016, n. 4910, *cit.*, statuisce che in base alla nuova previsione, è solo l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, cioè la pretermissione di quei dati materiali, acquisiti e dibattuti nel processo, aventi portata idonea a determinare un diverso esito del giudizio.

⁴²⁴ Cass., 8 ottobre 2014, n. 21152, in *Mass. Giust. civ.*

⁴²⁵ Cass., 23 maggio 2016, n. 10642. Per Cass., 5 novembre 2014, n. 23537, il concetto di "fatto storico" (il cui esame deve essere stato in concreto omesso dal giudice) ha una specificità non confondibile col senso della risultanza istruttoria (o probatoria).

⁴²⁶ Cass., sez. un., 24 febbraio 2015, n. 3670, richiamando, tra numerose altre, Cass., 14 novembre 2013, n. 25608 in *Mass. Giust. civ.*

⁴²⁷ Cass., 21 ottobre 2015, n. 21439, in *Mass. Giust. civ.*

fornite nel quadro del sillogismo giudiziario⁴²⁸.

Il ricorrente non può censurare la complessiva valutazione del giudice di merito delle risultanze istruttorie, prospettando e richiedendo una diversa e più appagante versione, tanto più oggi che il sindacato verte, come abbiamo detto, solo sull'omesso esame di un fatto⁴²⁹. Infatti, in merito all'esame degli elementi istruttori, per la Corte il loro omesso esame non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo, qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, e ciò anche nel caso in cui la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie⁴³⁰; peraltro l'omesso esame di un fatto non può mai riguardare l'esatto contenuto di un documento, dal momento che un esatto contenuto non è un fatto storico, e quindi la censura coinvolge la congruità del complessivo risultato della valutazione e dell'esame dello stesso oggetto del giudizio⁴³¹.

Peraltro il riformato art. 360 n. 5, c.p.c., come si è già visto, usa la preposizione "circa" (un fatto decisivo), invece che "di"; si fanno allora strada, anche su questo profilo, interpretazioni giurisprudenziali meno restrittive: l'esame incompleto, incoerente o illogico di un mezzo di prova finisce talvolta per equivalere all'omesso esame del fatto che quella prova dovrebbe dimostrare⁴³².

Un fatto non può, del resto, dirsi insindacabilmente esaminato dal giudice di merito soltanto perché egli abbia verificato una delle tante risultanze probatorie che di quel fatto dimostrano l'esistenza o l'inesistenza. Se uno stesso fatto è oggetto di più

⁴²⁸ Cass., 23 giugno 2016, n. 12103.

⁴²⁹ Cass., 21 ottobre 2015, n. 21439, *cit.*

⁴³⁰ Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, 14 ss. e Cass., sez. un., 23 ottobre 2014, n. 22553; Cfr. anche Cass., 16 dicembre 2014, n. 26450.

⁴³¹ Cass., 9 febbraio 2016, n. 2514.

⁴³² Cass., 27 luglio 2016, n. 15636, ha equiparato all'omesso esame di un "fatto", il giudizio "non radicato di un critico esame della documentazione prodotta"; per Cass. 31 maggio 2018, n. 13770, come per Cass. 29 maggio 2018, n. 13399, il mancato esame delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio integra un vizio che può essere fatto valere ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.; secondo Cass. 12 aprile 2017, n. 9356, "l'errore di percezione", in cui sia incorso il giudice di merito nell'esaminare il contenuto delle prove offerte dalle parti è invece censurabile per cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c., per violazione dell'art. 115 c.p.c. Afferma, invece, Cass. 5 novembre 2018, n. 28174, che il travisamento della prova, e cioè la verifica che un'informazione probatoria utilizzata in sentenza sia contraddetta da uno specifico atto processuale, esclude che possa vertersi in ipotesi di a "doppia conforme", preclusiva del ricorso ai sensi dell'art. 360 comma 1, n. 5, l'art. 348-ter, ultimo comma, c.p.c.

prove, il giudizio su di esso non può che essere l'esito di una valutazione combinata che includa tutte le prove che lo riguardano, e tale valutazione va operata considerando e comparando le diverse possibili versioni del fatto, per poi stabilire quale tra queste risulti logicamente confermata da un grado più elevato di attendibilità⁴³³.

Chiedere alla Corte di Cassazione di verificare la logicità della motivazione rispetto alle risultanze istruttorie significa, dunque, non domandarle una nuova valutazione della ricostruzione della vicenda concreta, quanto invece invocare un controllo di legalità della decisione in riferimento all'applicazione delle norme di diritto che regolano l'accertamento dei fatti e la formazione del convincimento giudiziale⁴³⁴.

In definitiva, l'omessa valutazione di una delle prove che verte sullo stesso fatto può rendere lo stesso non esaminato, agli effetti del vigente art. 360 n. 5, c.p.c.

Per ciò che attiene, poi, al cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove "non legali" da parte del giudice di merito, non essendo inquadrabile nel paradigma del n. 5 o in quello del n. 4, esso non trova di per sé alcun diretto referente normativo nel catalogo dei vizi denunciabili con il ricorso per cassazione⁴³⁵.

Esula, poi, dall'esame dell'art. 360 n. 5 c.p.c. la critica al risultato interpretativo cui è pervenuto il giudice di appello, al quale si oppone una diversa soluzione, ritenuta preferibile⁴³⁶.

Infine, secondo la Corte, l'omesso esame va distinto dalla nozione di "omessa pronuncia"; il nuovo n. 5 si differenzia dall'omessa pronuncia dell'art. 112 c.p.c. in quanto mentre in questo secondo caso l'omissione si sostanzia nella totale carenza di considerazione della domanda e dell'eccezione sottoposta all'esame del giudicante, il quale ometta completamente perfino di adottare un qualsiasi provvedimento, anche solo implicito, di accoglimento o di rigetto, indispensabile alla soluzione del caso concreto, nel primo caso si presuppone che un esame della questione oggetto di doglianza vi sia comunque stato da parte del giudice di merito, ma che esso sia

⁴³³ Cass., 22 giugno 2015, n. 12864.

⁴³⁴ Cass., 3 novembre 2016, n. 22232.

⁴³⁵ Cass., 10 giugno 2016, n. 11892, secondo cui il cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove non legali da parte del giudice di merito può incasellarsi solo come elemento di un ben più articolato quadro evidenziatore della deduzione di un "error in iudicando" ai sensi dell'art. 360 n. 3, c.p.c.

affetto dalla totale pretermissione di uno specifico fatto storico⁴³⁷.

I provvedimenti richiamati dimostrano come la Corte di Cassazione, pur dovendosi riconoscere la maggiore complessità della formulazione del motivo di ricorso per “omesso esame circa un fatto decisivo”, non stia svolgendo una mera verifica burocratica dell’assolvimento soltanto formale dell’obbligo di motivazione, ma anzi, spinga ancora il suo controllo fino al riscontro che la decisione sia altresì apparentemente giusta, ovvero razionalmente giustificata e coerente.

Resta l’ostacolo selettivo della necessaria decisività del fatto non esaminato, intesa come connotazione di prognosi certa un diverso esito della controversia, atteso che la percorribilità di una ricostruzione diversa della *quaestio facti* non appartiene, per sua natura, alla cognizione propria del giudice di legittimità⁴³⁸.

III.5 LA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELLA SENTENZA

Le valutazioni e opinioni espresse dalla dottrina e le interpretazioni fornite dalla giurisprudenza consentono di affermare come anche questa riforma sia stata realizzata all’insegna della nomofilachia⁴³⁹.

L’eliminazione del controllo sulla motivazione, infatti, nasce dall’idea che il ruolo cardine della Corte sia il perseguimento della “funzione nomofilattica”, funzione intesa come tendenzialmente incompatibile con l’indagine sugli aspetti di fatto della controversia che inquinerebbero il motivo del n. 5, incrementando il contenzioso e obbligando la Corte a confrontarsi con temi e questioni estranee ad un giudizio di

⁴³⁶ Cass., 10 giugno 2016, n. 11985.

⁴³⁷ Cass., 8 ottobre 2014, n. 21257, in *Mass. Giust. civ.*

⁴³⁸ Scarpa A., *Il nuovo art. 360 n. 5 c.p.c. e il controllo di legittimità sul vizio di motivazione: resta il primato della logica o prevale la garanzia dell’immaginazione?*, in *giustiziainsieme.it*, 2018.

⁴³⁹ Panzarola A., sub *art. 348-ter e art. 360 c.p.c.*, in cura di Panzarola A., Martino R., *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 685 ss.

legittimità⁴⁴⁰.

A proposito di tale funzione, si impone un chiarimento⁴⁴¹: nel suo significato autentico, per funzione nomofilattica si designa il compito della Corte di reprimere la violazione concretamente perpetrata dal giudice di merito; in tale accezione, nomofilachia coincide però con legittimità, restando concettualmente distinta dall'ufficio della Corte di regolare in prospettiva l'interpretazione giudiziaria del diritto obiettivo in vista della sua uniformazione. Se ciò è vero, pensare che possa aversi un controllo di legittimità sostanzialmente indifferente al fatto è un controsenso: dell'intervenuta applicazione della legge si può conoscere solo ripercorrendo la vicenda evocata in sentenza⁴⁴².

La tradizionale formulazione del n. 5 rendeva denunciabile la "trasgressione del dovere processuale di decidere *causa cognita*" in modo da non lasciare in colui che legge il testo l'incognita circa il "perché". Sotto il nome del controllo di logica operava in realtà il controllo degli aspetti discrezionali del giudizio, della "graduazione di opportunità secondo il senso delle cose"⁴⁴³.

L'eliminazione del controllo di motivazione sposta il fuoco su costruzioni giuridiche meramente ipotetiche: il termine "nomofilachia" diventa sinonimo di creazione di una nuova norma astratta (seppure a un livello di minore astrazione della disposizione legislativa), in flebile collegamento con i fatti e con le scelte⁴⁴⁴.

La confusione tra il concetto di legittimità (comprensivo dell'elemento nomofilattico

⁴⁴⁰ Sassani B., *Legittimità, "nomofilachia" e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in *Judicium.it*, 10 aprile 2013.

⁴⁴¹ Scarselli G., *La crisi della cassazione civile e i possibili rimedi*, in *Giust. proc. civ.*, 2012, 656 ss., spec. 659 ss., (anche circa il "valore prevalente" del "diritto al ricorso", alla luce della storia e della costituzione, non meno che del sistema processuale). Si noti, peraltro, che vi è pure una diversa tendenza (espressa autorevolmente dal primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione: cfr., infatti, *La relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012. Linee di fondo*, 25 gennaio 2013, *loc. cit.*) che unisce alla valorizzazione della attività nomofilattica della Suprema Corte il richiamo alla "*funzione di servizio che essa è chiamata a svolgere secondo la concezione autoritaria di cui è stato autorevole assertore Antonio Brancaccio*".

⁴⁴² Sassani B., *op. cit.*

⁴⁴³ Fornaciari M., *Ancora una riforma dell'art. 360 n. 5, cit.*, Il quale, poi, si chiede se non sia proprio la continuità storica dell'operato della cassazione a testimoniare la "fisiologica appartenenza al giudizio di legittimità del controllo sulla motivazione". Di qui la domanda retorica: "possibile, detto altrimenti, che da 100 cinquant'anni la cassazione continui ostinatamente e masochisticamente a sobbarcarsi un'incombenza che non le compete?"

⁴⁴⁴ Rizza C., *Controllo di legittimità e rivalutazione del fatto nel sindacato della cassazione sul c.d.*

correttamente inteso) e il concetto (spurio) di nomofilachia, consistente nella funzione regolatrice della futura interpretazione giudiziaria, ha portato alla lettura del primo concetto attraverso la lente del secondo, conducendo, inoltre, a invocare il bando del controllo di logicità come attività sostanzialmente estranea alla funzione della Corte; quest'ultima può, però, svolgere le sue funzioni di nomofilachia solo attraverso la formulazione di un vero e proprio giudizio, seppur reso secondo i canoni del giudizio di legittimità, il quale va inteso come giudizio sul rispetto della legge da parte del giudice di merito *nel caso concreto*; e poiché a “caso concreto” corrisponde il “fatto”, l'unica differenza rilevante tra legittimità e merito si ritrova nella circostanza che il giudice del merito stesso, lungi dal considerare il fatto come realtà preesistente, la assume come una da ricostruire, laddove il giudice di legittimità assume il fatto come realtà già ricostruita, controllabile nella sua rappresentazione: a nulla serve giuridicizzare i criteri della ricostruzione del fatto se non è possibile il controllo, seppur effettuato sulla mappa che riproduce l'indagine ricostruttiva⁴⁴⁵.

III. 6 L'OBSOLESCENZA DEL CONCETTO DI NOMOFILACHIA

Tornando a quanto affermato nel corso degli anni successivi alla riforma del 2012 da parte di dottrina e giurisprudenza, si può constatare che nessuno crede più all'idea che vi possano essere buone interpretazioni delle norme giuridiche senza che queste maturino a stretto contatto con il fatto. Le teorie ermeneutiche, quand'anche non se ne vogliono accettare tutte le implicazioni, non sono idee uscite dalla penna di qualche giurista, ma costituiscono un patrimonio culturale comune a tutto il mondo del sapere⁴⁴⁶.

vizio logico, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 736 ss.

⁴⁴⁵ Sassani B., *op. cit.*

⁴⁴⁶ Passanante L., *Postulato del “primo” Calamandrei e il destino della cassazione civile*, in *Riv. trim.*

La Cassazione peraltro è consapevole di ciò: molte sono in verità le sentenze nelle quali la Suprema Corte mostra piena consapevolezza di dover interpretare le norme in stretta correlazione con il quadro fattuale del caso da decidere.

Compiuta tale premessa, va messa in luce una ineluttabile conclusione, e cioè che il concetto di nomofilachia è ormai obsolescente, e il cui ostinato irrobustimento sta producendo effetti che non sempre possono essere giudicati con favore; di ciò doveva essere ben consapevole lo stesso Calamandrei⁴⁴⁷, il quale, nell'ultima parte della sua vita, aveva palesemente abbandonato i presupposti presi in esame negli anni precedenti, più volte pronunciati nelle sue conferenze: "il sistema della legalità, e in genere la teoria normativa del diritto, è uno schema didattico, utile per i giuristi; ma questa scomposizione logica della sentenza assomiglia alle analisi dei chimici, che anche quando sono arrivati a individuare tutte le sostanze elementari di cui è composto un organismo vivo, non sono poi riusciti a imprigionare in formule quella scintilla da cui, della misteriosa combinazione di questi elementi, è scaturita la vita"⁴⁴⁸.... "Ridurre la funzione del giudice a un puro sillogizzare vuol dire impoverirla, inaridirla. La giustizia è qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, umana", e ancora "il pericolo maggiore che in una democrazia minaccia i giudici e in generale tutti i pubblici funzionari è il pericolo dell'assuefazione, dell'indifferenza burocratica, della irresponsabilità anonima".

Vi sono, in particolare, alcuni elementi delle riforme recenti che incidono sulle funzioni della Corte in maniera non propriamente desiderabile: in modo particolare l'incremento del numero delle ipotesi in cui il principio di diritto può essere pronunciato anche in casi che non vengono decisi e la riduzione del sindacato sulla motivazione fanno sì che anche quando la Cassazione è chiamata a svolgere la sua funzione di interprete del comando normativo lo faccia, per forza di cose, sempre più "in purezza", distante dal caso che decide.

I rischi astrattamente possibili sono di una certa gravità; per un verso, vi è il pericolo che la Corte Suprema sia chiamata a svolgere il ruolo di guida nell'interpretazione della legge con modalità di formazione della decisione che spingono eccessivamente

dir. proc. civ., 2017, fasc. 2, 564 ss.

⁴⁴⁷ Calamandrei P., *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, 647.

⁴⁴⁸ Calamandrei P., *op.cit.*, 655.

verso l'astrazione: ciò implica che l'opera esegetica della Cassazione si traduca sempre più nella produzione di comandi generali e astratti; in tal modo le pronunce della Corte, definitivamente sganciate dal caso che le ha originate, sono in grado di ampliare il loro ambito di applicazione fino a eguagliare quello della legge⁴⁴⁹.

Per altro verso, quando la Corte Suprema è chiamata a decidere singoli casi, per così dire "al di fuori" della funzione nomofilattica, essa rischia di trasformarsi in un giudice che opera mediante una verifica tendenzialmente meccanica, improntata all'astrazione, del rispetto, da parte del giudice del merito, dei principi di diritto consolidati nella giurisprudenza della Corte.

È lecito chiedersi, pertanto, se un simile controllo possa effettivamente costituire una soddisfacente e fedele applicazione della garanzia di cui all'art. 111 Cost., ma non solo: ci dobbiamo chiedere pure se questa garanzia meriti ancora di essere conservata oppure se sia il caso di metterla in discussione; un controllo del rispetto dei principi di diritto porta con sé il concreto rischio di risolversi in decisioni che sono ingiuste⁴⁵⁰.

III.7 LA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA

Successivamente alla pronuncia delle sentenze gemelle, le sezioni semplici hanno avuto modo di chiarire che "l'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., nel suo attuale testo riguarda un vizio specifico denunciabile per cassazione relativo all'omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

Si tratta di una nozione da intendersi riferita a un preciso accadimento o a una

⁴⁴⁹ "Ciò che qui viene espresso è l'*ambito di applicazione*, non la *forza di legge*: concetti che vanno tenuti distinti, per quanto talvolta si abbia l'impressione che i due piani arrivino quasi a confondersi" Calamandrei P., *op.cit.*

⁴⁵⁰ Porcelli F., *Le novità in materia di motivazione della sentenza*, in Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, Torino, 2013, 87 ss.

specifica circostanza in senso storico-naturalistico”; deve cioè trattarsi di “un vizio specifico relativo all’omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo”⁴⁵¹; “un dato materiale, un episodio fenomenico rilevante”⁴⁵².

Mentre il vizio di motivazione, denunciabile con altri motivi, deve risultare dal testo della sentenza, l’omesso esame può rilevare anche dagli atti processuali⁴⁵³; il punto è se tale fatto appartenga alla fattispecie dedotta, conosciuta e dibattuta nel giudizio (il “fatto” oggetto della pronuncia di merito⁴⁵⁴) ovvero se il riferimento sia a quanto sia stato ricostruito nel processo con gli strumenti a ciò deputati: il che rende inevitabile il richiamo al corredo dei mezzi di prova che il giudice è stato chiamato a valutare e così alla tecnica di quella valutazione.

Anche su questo sono rinvenibili orientamenti, almeno in apparenza, chiari; è stato, ad esempio, affermato che “il “fatto storico” di cui all’art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., è accadimento fenomenico esterno alla dinamica propria del processo, ossia alla sequela di atti e attività disciplinate dal codice di rito che, dunque, viene a caratterizzare la diversa e portata del “fatto processuale”, il quale segna il differente ambito del vizio riducibile, in sede di legittimità, ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.”⁴⁵⁵; “l’allegazione di un’erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è esterna all’esatta interpretazione della norma di legge e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, la cui censura è possibile, in sede di legittimità, sotto l’aspetto del vizio di omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti. Il discrimine tra le distinte ipotesi di violazione di legge in senso proprio a causa dell’erronea ricognizione dell’astratta fattispecie normativa, ovvero erronea applicazione della legge in ragione della

⁴⁵¹ Cass., sez. un., 12 novembre 2020, n. 25574.

⁴⁵² Cass., sez. I, 5 marzo 2017, n. 5133.

⁴⁵³ Cass., sez. lav. ord., 23 ottobre 2020, n. 23365.

⁴⁵⁴ Si consideri, ad es., la seguente massima: *è viziata da omesso esame di un fatto decisivo la sentenza di merito che, in caso di evizione totale, reputi il danno risarcibile dal notaio sempre esistente e con misurabile al valore del bene oggetto di evizione a prescindere dalla circostanza, pur indicata in sentenza, che è un prezzo di acquisto non sia stato mai corrisposto*: così Cass., Sez. I, ord., 3 luglio 2019, n. 17810.

⁴⁵⁵ Cass. civ., sez. VI, 3 ord., 24 giugno 2020, n. 12387.

carente o contraddittoria ricostruzione della fattispecie concreta, è infatti segnato dal fatto che solo quest'ultima censura, e non anche la prima, è mediata dalla contestata valutazione delle risultanze di causa"⁴⁵⁶.

Il rischio sarà dunque quello di ritrovarsi in un vicolo cieco: il fatto è una cosa, il giudizio di fatto un'altra.

Ciò spiega perché la Corte di cassazione, pur continuando a consolidare, anche a sezioni semplici, le massime delle sentenze gemelle, abbia iniziato a porsi di nuovo il problema del controllo di logicità, in un certo senso prescindendo dai limiti rigorosi che la stessa si è posta nella *segnaletica*, ossia nel tentativo di disegnare i confini esatti tra il motivo del n. 5 e gli altri possibili tramite dell'art. 360.

L'operazione è chiarissima nella sentenza della sezione terza, 10 giugno 2016, n. 11892 con la quale, pur dichiarando inammissibili vari motivi fondati sia sul n. 3 che sul n. 5, che denunciavano da varie prospettive violazione e falsa applicazione delle norme sulla valutazione delle prove, la Corte osserva che "il cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove non legali da parte del giudice di merito, non essendo incasellabile né nel paradigma del n. 5 né in quello del n. 4 (per il tramite della deduzione della violazione dell'art. 132, n. 4, c.p.c.), non trova di per sé alcun diretto referente normativo nel catalogo dei vizi denunciabili con il ricorso per cassazione"; ma ciò, continua la Corte, non priva il ricorrente di ogni tutela a fronte dell'illegittimo esercizio del potere di valutazione delle prove, potendosi ipotizzare la possibilità di "svolgere considerazioni sul cattivo esercizio del diritto potere non già *sub specie* di denuncia in sé per sé di un vizio della sentenza impugnata, bensì solo in funzione e, quindi, come elemento di un'attività di dimostrazione che il giudice di merito è pervenuto ad un'erronea ricostruzione della *quaestio facti*, sì che essa l'abbia indotto in ultima analisi ad applicare erroneamente una norma di diritto alla fattispecie dedotta in giudizio. Così il motivo di ricorso sarà la denuncia di tale erronea applicazione"⁴⁵⁷.

Si può dunque ipotizzare che dette considerazioni possano e debbano necessariamente incasellarsi solo come elemento di un ben più articolato quadro che evidenzia la deduzione di un *error in iudicando* ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.,

⁴⁵⁶ Cass. civ., sez. ord., 3 gennaio 2020, n. 29.

⁴⁵⁷ SS.UU., 24 luglio 2018, n. 17931.

circa la norma applicata alla fattispecie”, con la precisazione che “in pratica, potrebbe ipotizzarsi che la critica all’esercizio concreto del potere di cui all’art. 116 c.p.c. si collochi come parte di un ragionamento più ampio che giustifichi anzitutto in termini di necessarietà logica una ricostruzione della *quaestio facti* sulla base del materiale probatorio diversa da quella operata dal giudice di merito, e per tale ragione evidenzi che egli ha mal sussunto la vicenda sotto la norma che ha applicato, perché essa non sarebbe stata applicabile se la ricostruzione fosse stata quella esatta. Una siffatta attività argomentativa sarebbe diretta a evidenziare un errore di sussunzione della fattispecie concreta e di individuazione dell’esatto diritto applicabile e, dunque, della motivazione *in iure*, ma essa supporrebbe, in ossequio ai requisiti di chiarezza necessari in ogni motivo di impugnazione, l’articolazione dell’esposizione di un siffatto motivo in modo puntuale secondo le scansioni progressive appena sopra indicate”⁴⁵⁸.

La sentenza, pertanto, indica la strada del n. 3, anche se forza il concetto di sussunzione e con esso la configurazione del vizio di violazione e falsa applicazione, che slitta dal diritto al fatto.

Sempre la sezione terza, 5 luglio 2017, n. 16502, ha affermato il seguente principio: “pur essendo, dopo la riforma dell’art. 360 n. 5, c.p.c., ridotto al minimo costituzionale il controllo di legittimità sulla motivazione, soprattutto in punto di fatto, nonchè restando riservata istituzionalmente al giudice del merito la valutazione dei fatti e l’apprezzamento delle risultanze istruttorie, la Corte di cassazione può verificare l’intrinseca correttezza del giudizio di fatto sotto il profilo della manifesta implausibilità del percorso che lega la verosimiglianza delle premesse alla probabilità delle conseguenze e, pertanto, può sindacare la manifesta fallacia o non verità delle premesse o l’intrinseca incongruità o contraddittorietà degli argomenti, onde ritenere inficiato il procedimento inferenziale e il risultato cui esso è pervenuto, per escludere la corretta applicazione della norma entro cui è stata sussunta la fattispecie”.

In motivazione, la Corte precisa che “nel giudizio di fatto (il quale tende alla ricostruzione e cioè alla rappresentazione di una serie di dati empirici esterni al

⁴⁵⁸ V. Cass., sez. III, 5 luglio 2017, n. 16502.

processo al fine di sottoporli alla valutazione del giudicante e al successivo giudizio di diritto) è necessario che il giudice del merito verifichi l'esistenza di fatti noti acquisiti al processo, appunto provati, per applicarvi massime di esperienza verificate o condivise; giungendo, poi, in base a un procedimento inferenziale, a ritenere provati i fatti ignoti, ovvero ancora da ricostruire nella loro struttura obbiettiva, applicando il noto canone del prudente apprezzamento"; e se è vero che il controllo di questa Corte di legittimità non può mai spingersi a valutare l'esito del suddetto procedimento logico⁴⁵⁹, tuttavia un tale controllo, pur restando assai limitato, deve persistere a presidio dell'intima coerenza della conciliabilità delle affermazioni, operate quale garanzia di attendibilità del giudizio di fatto e a sua volta premessa di quella di diritto, quanto alla verifica della correttezza del percorso logico tra premessa-massima di esperienza-conseguenza, cioè di esattezza della massima di esperienza poi applicata, come pure alla verifica della congruità (o accettabilità o plausibilità o, in senso lato, verità) della premessa in sé considerata; in mancanza di tale congruenza o plausibilità, la motivazione sul punto resterà soltanto apparente.

A mano a mano che la prudenza nell'apprezzamento cessa di essere una regola generale di giudizio e finisce con il qualificare necessariamente gli elementi costitutivi della fattispecie, tanto da inficiarne la concreta sua qualificazione e renderne non corretta la sussunzione proposta, si estende allora (sia pure con il persistente, serio e inviolabile limite dell'intangibilità del risultato) il controllo sulla congruità della motivazione ancora possibile da parte di questa Corte sulla motivazione in fatto anche dopo la novella del 2012: se violata è solo la regola generale dell'art. 115 c.p.c., rileveranno esclusivamente quei vizi talmente macroscopici da rendere evidente che, a dispetto delle apparenze, nessuna effettiva giustificazione della conseguenza può dirsi operata nella specie; ad esempio, quelli nell'individuazione della regola di esperienza (sia essa logica o empirica), ovvero quelli nella costruzione della relativa inferenza, mediante l'avvalimento di una più o meno ampia discrezionalità a seconda dei postulati di quella regola".

Tale ricorso viene accolto riferendo le censure fondate sul n. 5 alla violazione e falsa applicazione oggetto di altro motivo fondato sul n. 3⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Cass. sez. un., 2014, n. 8053.

⁴⁶⁰ La Corte motiva: "Nonostante la manifesta erroneità del riferimento degli ultimi tre motivi ad una

III.8 ALCUNE CONSIDERAZIONI SUGLI ORIENTAMENTI AFFERMATI DALLA GIURISPRUDENZA

A seguito dell'indagine sino a qui svolta, è possibile concludere con alcune valutazioni, tenendo conto dei dati emersi in giurisprudenza e sostenuti, spesso con decisione e fermezza, da illustri Autori in dottrina.

Sono stati presi in esame, in modo più specifico, due aspetti che a seguito della riforma del 2012 hanno rischiato di provocare effetti distorsivi sul sistema.

Dopo la modifica del n. 5 il controllo del costrutto motivazionale, ineliminabile per la sua copertura costituzionale, viene recuperato dalle sentenze gemelle seppur sotto il solo profilo formale, rifiutando di fatto quello sostanziale; con ciò si vuole dire che nel ricondurre il sindacato della motivazione nell'ambito dell'art. 360 n. 4 c.p.c., lo si vuole portare all'interno di un controllo di esistenza e dunque di violazione di legge⁴⁶¹, con l'effetto di escludere, secondo questa lettura della norma, un vaglio sulla sufficienza logico-giuridica degli elementi da cui il giudice ha tratto il proprio convincimento.

Ora, la giurisprudenza delle Sezioni Unite del 2014 sembra presentare dichiarazioni di principio che costituiscono solo una "lettera d'intenti"⁴⁶². Come emerge dalle sentenze successive, risulta alla fine difficile concludere per l'esistenza o la coerenza della motivazione se non si procede all'analisi del costrutto motivazionale in concreto, salvo quando questa riguardi i (rari) casi di scuola. Si rischia cioè che una dichiarazione di inammissibilità per vizio di motivazione venga trattata, di fatto, a

norma processuale non più applicabile, cioè il testo dell'art. 360 n. 5, c.p.c., anteriore alla riforma arrecata dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, comma 1, conv. con modif. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, è convinta opinione del Collegio che le doglianze dei ricorrenti, complessivamente considerate per la loro intima connessione, siccome rivolte avverso l'intrinseca consequenzialità e coerenza logica del giudizio sulla collocazione temporale dell'*exordium proscriptio*nis, devono qualificarsi fondate: in particolare a tal fine rilevando i fatti resi oggetto dei motivi dal terzo al quinto compresi ai fini della dedotta illegittimità della conclusione sull'applicazione concreta dell'art. 2935 c.c., come operata appunto dalla corte territoriale, resa a sua volta oggetto della prima parte del primo motivo di ricorso". I motivi dal terzo al quinto erano, appunto, fondati sul n. 5.

⁴⁶¹ Frasca R., *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012*, in *Judicium.it*, novembre 2013.

⁴⁶² Piccininni L., *I motivi di ricorso in cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir.*

posteriori dopo un'analisi comunque dell'iter logico-giuridico seguito dal giudice, senza alla fine alcun risparmio di tempo da parte della Corte⁴⁶³.

Il legislatore in tal caso ha trattato l'errore di motivazione (quello legato agli aspetti di logicità e razionalità del ragionamento decisorio) come un errore formale, mentre trattasi essenzialmente di un vizio sostanziale, in quanto solo attraverso l'analisi interna dei contenuti della decisione si può sapere se la scelta del giudice di merito sia stata motivata e se non incorra invece in contraddizioni interne⁴⁶⁴.

Era dunque inevitabile immaginare che nella giurisprudenza successiva la Corte (seppure alla luce della prospettiva della novella del 2012 mirasse a ridurre l'area del sindacato di legittimità attorno ai fatti e, di conseguenza, il sindacato motivazionale) tornasse sui suoi passi e arrivasse a una soluzione che modulasse la lettera del n. 4 dell'art. 360 c.p.c., recuperando in parte anche la stessa esclusione dell'insufficienza che non trovava particolare appiglio, in quanto di fatto rappresentava un aspetto sovrapponibile alla carenza esplicativa della motivazione omessa⁴⁶⁵.

Il compromesso è stato quello di leggere il n. 4 non più come sanzione solo per quelle motivazioni che hanno omesso di esaminare uno o più fatti controversi e decisivi, ma anche per quelle che presentano argomentazioni o contrasti logici tali da rendere incomprensibile l'argomentare della decisione⁴⁶⁶; la motivazione sarà dunque sindacabile se assente o meramente apparente o comunque quando gli argomenti addotti a giustificazione dell'apprezzamento fattuale risultino manifestamente e gravemente insufficienti o contraddittori⁴⁶⁷.

Il panorama attuale prefigura così una situazione in cui, solo in presenza di un esame sufficientemente approfondito, il soccombente può essere privato della possibilità di

proc., 2013, 420 ss.

⁴⁶³ Ricci G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 187 ss.

⁴⁶⁴ Sassani B., voce *Corte di cassazione*, in *Trattato omnia, diritto processuale civile*, Torino, 2019.

⁴⁶⁵ Come la stessa Commissione Berruti nella relazione introduttiva al d.d.l. n. 2953/C/XVII (approvato dalla Camera e attualmente all'esame del Senato) ha avuto modo di evidenziare segnalando che il vizio motivazionale doveva essere sempre garantito in caso di «grave ed insanabile contraddittorietà» o di «grave ed insanabile insufficienza» (pp. 24-25).

⁴⁶⁶ Richiamo il parametro della violazione «grave e manifesta» utilizzata dalla Corte di cassazione francese (ma in realtà utilizzata anche dalle corti d'appello italiane) per selezionare i ricorsi ad essa sottoposti in caso di censura del lodo arbitrale per contrasto con la norma di ordine pubblico (interno od europeo). Sul tema, Rasia C., *Tutela giudiziale e arbitrato*, Bologna, 2010, 209 ss.

⁴⁶⁷ Sarà senz'altro censurabile in Cassazione, dunque, una decisione che viola le regole logiche o le leggi della razionalità.

richiedere l'intervento della Corte.

La prima novità della riforma è dunque questa: spostare l'intero sindacato motivazionale (con l'abrogazione del vecchio n. 5 e il richiamo del n. 4 dell'art. 360) nelle mani della Corte; infatti, prima della modifica del 2012, con l'abrogato n. 5, quando veniva invocato un sindacato sulla motivazione riguardante il fatto, era pressoché inevitabile lo slittamento verso vere e proprie censure di merito, tese a mettere in discussione il contenuto della decisione stessa, con il rischio frequente di trasformare il giudizio di cassazione in un giudizio di merito di terzo grado.

Con la riforma, la verifica dei vizi di insufficienza e contraddittorietà motivazionale sparisce, ma rimane in capo alla Corte la possibilità comunque di censura in caso di violazione grave e manifesta, all'occasione utilizzabile soprattutto nei casi che la Corte riterrà di "giustizia sostanziale"⁴⁶⁸.

Da tale punto di vista, non è escluso che si riproponga ancora una volta, (come era avvenuto con il codice del 1940) all'interno dello spazio discrezionale lasciato dalla norma alla Corte, un ampio *modus operandi* nel decidere se e come sindacare la contraddittorietà e la sufficienza della motivazione dei giudici di merito.

Se tale è la lettura che si può proporre al sindacato motivazionale dopo la riforma del 2012, rimane da capire a che cosa serve o quale vizio sia invece riconducibile al n. 5 dell'art. 360.

Va condivisa la tesi secondo la quale il n. 360 n. 5 riguardi un giudizio di fatto⁴⁶⁹: ciò infatti trova conferma in un argomento sistematico, ovvero nell'art. 348-*bis* comma 4 c.p.c., che, nel delineare il meccanismo della c.d. "doppia conforme", lo esclude solo nell'ipotesi del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. cioè in caso di duplice decisione *in facto*⁴⁷⁰.

Deve naturalmente precisarsi che non si tratta di un'omessa pronuncia denunciabile ex artt. 112 (che si sostanzia nella totale carenza di considerazione della domanda e dell'eccezione sottoposta all'esame del giudicante, il quale manchi completamente di adottare un qualsiasi provvedimento, quand'anche solo implicito, di accoglimento o di rigetto), ma si resta nel perimetro del *thema decidendum*, ovvero⁴⁷¹ nel caso in cui

⁴⁶⁸ Ricci G. F., *op.cit.*

⁴⁶⁹ Rizza C., *Controllo di legittimità e rivalutazione del fatto nel sindacato della cassazione sul c.d. vizio logico*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 756 ss.

⁴⁷⁰ Piccininni L., *op.cit.*, 453 ss.

⁴⁷¹ Alunni S., *Vizio logico di motivazione e controllo in cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4,

il giudice ometta la considerazione di quel fatto controverso e decisivo (o della sua rappresentazione nel processo). Al pari, non si tratta di un errore revocatorio, che consiste invece in un errore di percezione di un inconfutabile dato di fatto che non era stato un punto controverso nel corso del giudizio.

Motivo di ricorso sarà dunque non l'erronea valutazione, o esame, del fatto decisivo, ma il suo semplice mancato riscontro, ovvero la circostanza che il giudice non l'abbia preso in considerazione.

Saranno pertanto coperti quei casi in cui il ragionamento del giudice non è di per sé logicamente scorretto, ma solo quando abbia trascurato di considerare un dato (fatto decisivo e discusso) ritualmente acquisito al processo⁴⁷² (in sentenza o negli atti processuali), la cui considerazione avrebbe potuto condurre a una conclusione diversa della decisione.

Per tale attività il giudice di Cassazione deve procedere a una indagine di fatto per esaminare che quella circostanza sia stata dedotta da una delle parti, per verificare che sia stata discussa, per verificare infine che il giudice ne abbia ommesso l'esame; la Corte dovrà dunque confrontarsi nuovamente col fascicolo per procedere a tutte quante le verifiche.

Una volta accertato l'omesso esame di un fatto decisivo, sorgerà l'esigenza di controllare se quest'ultimo doveva essere o meno doverosamente considerato in quanto decisivo ai fini della causa⁴⁷³. Trattasi pertanto di un'operazione complessa che, oltre a non essere molto frequente nella pratica, trova raro accoglimento soprattutto per la difficoltà della dimostrazione riguardo la decisività del fatto⁴⁷⁴.

Alla luce di quanto fino ad ora esposto, sembra di poter affermare che l'opera del

2015, 1263 ss.

⁴⁷² Sassani B., *op.cit.*

⁴⁷³ Consolo C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi*, cit., 1140 ss.

⁴⁷⁴ La prima pronuncia di accoglimento sul nuovo n. 5 dei giudici di legittimità (si tratta di Cass., 15 giugno 2015, n. 12314) segue questa tesi in quanto la Corte ha ritenuto sussistere il vizio del nuovo n. 5, in tema di plagio, nel caso in cui il primo giudice, nel quantificare il lucro cessante riconosciuto al titolare dell'opera plagiata, non abbia indicato il criterio utilizzato, né abbia specificato le ragioni per cui lo abbia ritenuto come il più adeguato ad individuarne, in rapporto alla peculiarità del caso, il relativo ammontare. Così statuendo, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata che, nel determinare il danno, aveva ommesso di valutare che l'opera plagiata e quella plagiaria non erano in concorrenza tra loro poiché distribuite su circuiti commerciali affatto diversi e con differenti tipi di pubblico, ed esaurendo la prima, diversamente dalla seconda la propria distribuzione e vendita in tempi brevissimi.

legislatore, e la lettura conferita al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. dalla giurisprudenza, se da un lato ottiene l'effetto di spostare il controllo motivazionale al n. 4 passando (in assenza di parametri normativi) le redini della misurazione dell'intensità del controllo dalle parti alla Corte, dall'altro crea al contempo un nuovo "error in procedendo" sul fatto nel n. 5, non previsto prima del 2012 dal legislatore⁴⁷⁵.

Si tratta a questo punto di capire se in questo quadro cambia, o meglio si alleggerisce, il lavoro della Corte, obiettivo cui era tesa la modifica del legislatore; non pare però che, riguardo all'aspetto qui considerato, lo scenario sia mutato e che per la Corte il compito sia più semplice e meno gravoso di una volta, in quanto il sistema si è forse maggiormente complicato.

La scelta della Corte di Cassazione di percorrere la strada del n. 4 dell'art. 360 c.p.c. e di tenere le leve del comando sulla gravità manifesta risulta l'unica modalità che preserva e contiene il controllo sul sistema motivazionale⁴⁷⁶.

Vi è il rischio però che, come era stato intuito nel vigore del testo del 1940, ciò che doveva essere una porta pressoché chiusa, diventi una finestra aperta, e ciò può fornire la sensazione che la Corte diventi, soprattutto nella nuova previsione contemplata dal n. 5, anche giudice del fatto, fatto che potrà risultare non solo dalla sentenza ma, a volte, anche dal raffronto tra la sentenza e il fascicolo di causa.

L'omesso esame di un fatto decisivo si realizza, infatti, pur sempre in presenza di un difetto nell'attività del giudice di merito, che accade ogniqualvolta vi sia traccia evidente che egli abbia trascurato una circostanza, la quale, se fosse stata presa in considerazione avrebbe condotto ad una decisione diversa da quella adottata⁴⁷⁷.

L'operazione della Corte sarà dunque quella di estrapolare il fatto che è stato integralmente omesso, evitando di rivedere l'erronea valutazione che di esso ha compiuto il giudice di merito.

È allora condivisibile quanto affermato da quella dottrina che ha sostenuto che «la denuncia di questo vizio investe la Corte di un vero e proprio giudizio di fatto, seppure circoscritto alla ricognizione della vicenda processuale concretamente

⁴⁷⁵ Di Iasi C., *op.cit.*, 2013, 1444 ss.

⁴⁷⁶ Bove M., *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2012, 389 ss.

⁴⁷⁷ Romano A., *Ammissibilità del ricorso per cassazione dopo le riforme del 2012-recenti rigori in punto di ammissibilità del ricorso per cassazione dopo le riforme del 2012*, in *Giur.it*, 2016, 1, 116 ss.

avutasi e limitato alla sola omissione»⁴⁷⁸.

Si può dunque affermare che il nuovo n. 5 non favorisce una riduzione del lavoro della Corte, essendo ben lontano dagli intenti deflattivi che il legislatore si era prefissato⁴⁷⁹.

La necessità di esaminare la motivazione della sentenza impugnata per stabilire se sussista il dedotto vizio di omesso esame di un fatto decisivo richiederà un lavoro intenso, di tempo e risorse, soprattutto quando la verifica sarà effettuata sul piano della “decisività” del fatto, poiché qui si richiederà di procedere ad un giudizio di relazione tra l’elemento non valutato e l’intera vicenda sottoposta all’esame del giudice di merito⁴⁸⁰. Il che comporterà, come logica conseguenza, che il giudice dovrà rivisitare la vicenda nella sua globalità soppesando i diversi aspetti, facendo dunque attenzione, secondo i dettati giurisprudenziali acquisiti, non solo a esaminare la pretermissione del fatto ma anche a valutarne la sua decisività.

Sotto tale profilo è difficile allontanare l’idea che il giudice di legittimità, per realizzare tale intervento censorio, finisca per avvicinarsi a quella del giudice di merito⁴⁸¹, con l’effetto che la prassi rischierà di trasformare in maniera sostanziale la funzione che la Cassazione si era proposta di svolgere.

⁴⁷⁸ Sassani B., *Lineamenti del processo civile italiano*, 2021, 523 ss.

⁴⁷⁹ V. art. 54 della relazione al disegno di legge, il quale, con la riforma voleva evitare una dirompente «strumentalizzazione ad opera delle parti» nell’uso del previgente n. 5 dell’art. 360 che aveva reso, non da ultimo, insostenibile il carico della Suprema corte a fronte del frequente slittamento in occasione di un sindacato sulla motivazione riguardante il fatto, di vere e proprie censure di merito che mettevano in discussione non la giustificazione logica della decisione, ma il contenuto della stessa.

⁴⁸⁰ Si può dire che l’esigenza di accertare la decisorietà del fatto impone alla Cassazione di svolgere sulla premessa minore del sillogismo, seguito dal giudice di merito, l’apprezzamento sul nesso di causalità tra il dispositivo e il fatto, il cui esame è stato omesso.

⁴⁸¹ Sul punto, v. anche Rodorf, *Questioni di diritto*, 44 ss.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con una legge sostanzialmente dedicata al primato dell'economia, il legislatore ha modificato il n. 5 dell'art. 360 riportandolo alla stesura del 1942.

L'obiettivo dichiarato di tale riforma era quello di ridurre l'accesso alla Cassazione quanto alle "questioni di fatto", sul presupposto della possibilità di una distinzione tra "fatto" e "diritto" e senza tener conto che, sul piano pratico, nel giudizio di legittimità era piuttosto frequente la proposizione del motivo n. 5 coordinata con altro motivo (in generale il n. 3).

L'intervento del legislatore sul n. 5 è stato poi realizzato tenendo conto di altri contesti, presi in esame dai più illustri ed autorevoli autori del nostro tempo: l'art. 16, comma 5, d.lgs. n. 5/2003, in tema di *processo societario*, che prevedeva la motivazione in forma abbreviata della sentenza; la stessa legge n. 69/2009, che ha abrogato l'intero processo societario, che ha modificato l'art. 118, comma 1, disp. att. c.p.c. in materia di motivazione della sentenza; l'art. 132 c.p.c., anch'esso modificato dalla legge n. 69/2009, contenente la previsione secondo cui la sentenza deve contenere la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. Infine, un ulteriore tentativo di semplificazione nella redazione della motivazione della sentenza era stato tentato col D.L. n. 69/2013, che interveniva sull'art. 118 disp. att. c.p.c., decreto legge non confermato dalla legge di conversione n. 98/2013.

In tale contesto, il decreto-legge del 2012 aveva lo scopo di intervenire sui controlli sulla motivazione, in ciò favorito dalla tendenza della Cassazione a premiare lo *ius constitutionis*, ponendosi come giudice più della legge che dei conflitti.

Il punto di partenza preso in considerazione dalla Corte di cassazione nell'interpretare il nuovo n. 5 è stato l'obiettivo perseguito dal legislatore, nel senso della limitazione del numero dei ricorsi fondati sul controllo della motivazione; la Corte avrebbe cioè potuto identificare l'omesso esame con la motivazione omessa, sbarrando così la strada ad ogni diverso controllo, in quanto tale interpretazione avrebbe probabilmente rispecchiato nel modo più fedele possibile l'intenzione del legislatore. Ciò nonostante, la Cassazione ha adottato un criterio più elastico nella

identificazione della decisività del fatto omesso, tale da consentire il più ampio controllo: il fatto decisivo è quello che, ove preso in considerazione dal giudice di merito, avrebbe condotto ad una diversa decisione.

In buona sostanza, la Cassazione non ha voluto abbandonare la sua funzione di controllo non solo della legittimità, ma anche della logicità dei giudizi di merito: grazie alla descritta operazione ermeneutica, buona parte di quel controllo resta saldamente nella disponibilità della Cassazione, con una importante aggiunta (l'omesso esame) che contribuisce a connotare la Suprema Corte come un giudice senz'altro disposto a calarsi nel fatto, che equivale a dire attento allo *ius litigatoris*.

Alla luce della lettura che la Corte di cassazione ha fornito del nuovo n. 5, si può affermare che ciò che resta fuori dal controllo di legittimità è il vizio di insufficienza, mentre ogni altro controllo viene recuperato con l'utilizzo di mezzi diversi dal n. 5, che la Cassazione non ha voluto ignorare in quanto appartenenti alla sua storia passata e recente.

Come è stato illustrato, la riforma del n. 5 ha sollevato varie questioni, al termine delle quali ciò che emerge è che la Corte difficilmente potrà rinunciare al controllo di logicità dei giudicati, perché tale funzione appartiene alla sua storia e perché i giudici della Corte, che sono stati giudici di merito, non possono essere insensibili alla giustizia, oltre che alla legittimità, delle decisioni soggette al loro controllo.

Luiso ha brillantemente osservato che se si dovesse trovare una costante al controllo della motivazione da parte della Corte di cassazione, potrebbe essere riscontrata nel fatto che, in buona sostanza, quest'ultima “fa quello che vuole”, decidendo l'ampiezza e la profondità del controllo sulla motivazione dei provvedimenti impugnati.

Autorevoli studiosi che si sono occupati dell'argomento in esame hanno sostenuto che per agevolare il lavoro della Corte di cassazione, sarebbe opportuno svolgere un'importante formazione sui gradi inferiori, al fine di aumentare il livello di qualità delle decisioni dei giudici di merito; una volta riconosciuto il ruolo centrale del giudizio di primo grado e il carattere provvisoriamente esecutivo alla sentenza che lo definisce, i magistrati migliori e più esperti dovrebbero essere impiegati proprio in quel grado, perché è lì che va migliorata la risposta della giurisdizione.

Infine, è opportuno rilevare che se da un lato in merito alla questione dell'omesso

esame, è la stessa Corte di cassazione a dare istruzioni sul come il nuovo mezzo potrà essere in concreto utilizzato, dall'altro il ricorso alla Corte richiederà al difensore una particolare perizia, diversa da quella richiesta per introdurre qualsiasi altro mezzo di impugnazione, fatto, questo, che corrisponde a una richiesta ormai storica della corte, e cioè che l'avvocato cassazionista deve conoscere in modo dettagliato la logica di funzionamento del controllo di legittimità, per poterlo sollecitare in modo adeguato.

BIBLIOGRAFIA

- M. Acierno, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 437;
- S. Alunni, *Vizio logico di motivazione e controllo in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2015, 1243 ss.;
- F. Auletta, *Diritto giudiziario civile*, 2 ed., 2020;
- G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2019;
- A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995;
- M. Bove, *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul «nuovo» art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Gius. proc. civ.*, 2012, 679; Id., *Ancora sul controllo della motivazione in Cassazione*, *ibidem*, 2013, 431 ss.;
- R. Caponi, *La modifica dell'art. 360, 1° comma n. 5 c.p.c.*, in *Judicium.it*, 2012; Id., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, in *Judicium.it*, 2012; Id., *Norme processuali «elastiche» e sindacato in cassazione (dopo la modifica dell'art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2013, V, 149 ss.;
- B. Capponi – R. Tiscini, *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino, 2014, 21 ss.;
- B. Capponi, *Note brevi sul n. 5 dell'art. 360 c.p.c.*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; Id., *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 925 ss.; Id., *La motivazione «laica, funzionalista e disincantata»*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 121 ss.; Id., *La motivazione della sentenza civile (dopo la Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642)*, in *Questione Giustizia*, articolo del 24 marzo 2015;
- F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova;
- A. Carratta, *Il giudizio di cassazione nell'esperienza del "filtro" e nelle recenti riforme legislative*, in *Giur. It.*, 2013, I, 241 ss.;
- S. Chiarloni, voce *Giusto processo (Diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, agg. 2008
- C. Consolo, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le*

impugnazioni a rischio di «svaporamento», in Corr. giur., 2012, 1153 ss.; Id., Lusso o necessità nelle impugnazioni della sentenza?, in Judicium.it;

M. De Cristofaro, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d. l. n. 83/2012), in Judicium.it, 2012;*

F. De Stefano, *La giustificazione della decisione di merito e il controllo di legittimità: vizio motivazionale riformato, regole del ragionamento probatorio, presunzioni e inferenze, in Diritto e giustizia, 2018;*

G. Di Benedetto, *La motivazione della sentenza civile: dalla tradizione ai modelli innovativi, in Dir e giust., 2004, n. 34, 56 ss.;*

A. Didone, *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin, in Gius. proc. civ., 2013, 631 ss.;*

C. Di Iasi, *Il vizio di motivazione dopo la l. 134 del 2012, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2013, 1141 ss.;*

M. Fornaciari, *Ancora una riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c.: basta, per favore, basta!, in Judicium.it, 2012;*

G. Fanelli, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado, Pacini Giuridica, 2020;*

R. Frasca, *Spigolature sulla riforma di cui al d. l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012, in Judicium.it (ultimo accesso 1 novembre 2016);*

D. Grossi, *La riforma dei mezzi di impugnazione, Milano, 2014; Id., Il diritto di difesa e i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni, in Judicium.it, 2012;*

S. Levoni, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, Milano, 1992;*

L. Lombardo, *La logica del giudice e il controllo di legittimità nel giudizio civile, Testo della relazione svolta nell'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione l'11 aprile 2019; Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione, Torino, 2015;*

F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, II, Milano, 2021;*

G. Monteleone, *Il controllo della Corte suprema sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica, in Riv. dir. proc., 2015, 871 ss.; Id., Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto), in Giusto proc. civ., 2013, 1 ss.;*

- A. Panzarola, *L'evoluzione storica della Cassazione civile e la genesi dell'art. 65 ord. giud.*, Milano, 2018; Id., *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. Protocolli*, in *Edicolaprofessionale.com*, 2017; Id., sub art. 348-ter c.p.c. e art. 360 c.p.c., in a cura di A. Panzarola, R. Martino, *Commentario alle riforme del processo civile dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013, 685 ss.; Id., *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005;
- L. Passanante, *Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo*, in *Riv. dir. proc.*, 2021; Id., *Il postulato del "primo" Calamandrei è il destino della Cassazione civile*, Milano, 2020; Id., *Le Sezioni Unite riducono al "minimo costituzionale" il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 1, 2015, 179;
- L. Piccinini, *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 407 ss.;
- R. Poli, *Le modifiche relative al giudizio di Cassazione*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013* a cura di C. Punzi, Torino, 2013, 193 ss.; Id., *Le riforme dei giudizi di appello e di cassazione nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 1, 2016, 43;
- F. Porcelli, *Sul vizio di "omesso esame circa un fatto decisivo"*, in *Riv. dir. proc.*, fasc. 6, 1594;
- C. Punzi, *La cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 567 ss.;
- G. Raiti, *Il nuovo art. 360, n. 5, c.p.c.: l'omesso esame di un fatto "oggetto di discussione fra le parti"*, in *Riv. dir. proc.*, 2017;
- C. Rasia, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2015;
- P. Ravenna, *La Corte di cassazione torna a pronunciarsi sul nuovo vizio di motivazione ex art. 360 comma 1, n. 5 c.p.c.*, in *Judicium.it*, 2016;
- G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 159 e 186;
- C. Rizza, *Controllo di legittimità e rivalutazione del fatto nel sindacato della Cassazione sul c.d. vizio logico*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 736 ss.;
- R. Rodorf, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze civili e di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 135 ss.;
- A. Romano, *Ammissibilità del ricorso per cassazione dopo le riforme del 2012-*

recenti rigori in punto di ammissibilità del ricorso per cassazione dopo le riforme del 2012, in *Giur. It.*, 2016, I, 1, 76;

F. Roselli, *La motivazione della sentenza civile*, in *Il giusto processo civile*, 2007;

L. A. Rovelli – R. Botta, *Cass. sez. un. civ.*, *Sentenza 7 aprile 2014, n. 8053*, in *Riv. dir. proc.*, 2014;

L. Salvaneschi, *Commento sub art. 132 c.p.c.*, in *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, a cura di A. Saletti – B. Sassani, Torino, 2009;

F. Santangeli, *Il controllo del giudizio di fatto in Cassazione e le sentenze delle Sezioni Unite*, in *Judicium.it*, 2016; Id., *Commento agli art. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ.*, 2010, 822 ss.; Id., *L'interpretazione della sentenza civile*, Milano, 1996;

B. Sassani, voce *Corte di cassazione*, in *Trattato Omnia, Diritto processuale civile*, Torino, 2019; Id., *Variations sérieuses sul riesame della motivazione*, in *Judicium*, 2017, 121 ss., e in *Studi in onore di Nicola Picardi*, III, Pisa, 2016; Id., *La logica del giudice e la sua scomparsa in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 639-643; Id., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, 249 ss.; Id., *Legittimità, “nomofilachia” e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in *Judicium.it*, 10 aprile 2013;

A. Scarpa, *Il nuovo art. 360 n. 5 c.p.c. e il controllo di legittimità sul vizio di motivazione: resta il primato della logica o prevale la garanzia dell'immaginazione?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2018;

G. Scarselli, *Per l'affermazione del principio di autosufficienza della sentenza*, in *Judicium.it*, 2018;

M. Taruffo, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014; Id., *La motivazione della sentenza*, in *Aa.Vv., Il processo civile riformato*, diretto da Id., Bologna, 2010; Id., *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1999, 772 ss.; Id., *Motivazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990;

R. Tiscini, *Commento all'art. 360 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, 592 ss.; Ead., in *Le impugnazioni civili*, a cura di F.P. Luiso, R. Vaccarella, Torino, 2013, 352 ss.

G. Trisorio Liuzzi, *Il ricorso in Cassazione: le novità introdotte dal d.l. n. 83/2012*,

in *Judicium.it*, 2012;

G. Verde, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Judicium.it*;

P. Vittoria, *La motivazione tra esigenza di celerità e giusto processo*, in *La Cassazione civile*, (a cura di) M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, Bari, 2011, 275 ss.